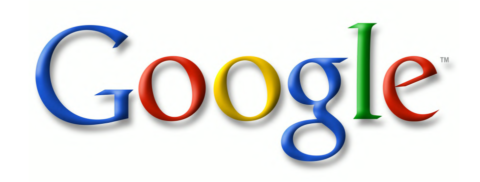



3 2044 056 968 399

Belgium

Belgium

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

Bruxelles. — Typ. Bruylant-Christophe & Cie.

PRINCIPES

DE

DROIT CIVIL

PAR

F. LAURENT,

PROFESSEUR A L'UNIVERSITÉ DE GAND.

Ouvrage couronné au concours quinquennal des sciences morales et politiques.

TOME VINGT ET UNIÈME.

(4e ÉDITION.)



BRUXELLES

BRUYLANT-CHRISTOPHE & Cie, ÉDITEURS

SUCCESSEUR : ÉMILE BRUYLANT

RUE BLAES, 33.

PARIS

LIBRAIRIE A. MARESCQ, AINÉ,

A. CHEVALIER-MARESCQ & Cie, SUCCESSEURS

RUE SOUFFLOT, 20.

1887

FOR TX

L

TITRE VI.

(TITRE V DU CODE CIVIL.)

DU CONTRAT DE MARIAGE ET DES DROITS RESPECTIFS DES ÉPOUX (1).

CHAPITRE PREMIER.

DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SECTION I. — Définition et objet du contrat de mariage.

1. La définition du contrat de mariage résulte de l'article 1387 : c'est la convention qui règle l'association conjugale quant aux biens. Il y a un autre contrat de mariage qui régit l'association conjugale quant aux personnes : c'est le mariage célébré devant l'officier de l'état civil. Bien que l'union des personnes soit un contrat, la loi ne la qualifie pas de contrat de mariage; elle l'appelle mariage tout simplement : c'est l'intitulé du titre V du livre I qui traite du mariage. Le législateur réserve le nom de contrat de mariage aux conventions que les futurs époux font relativement à leurs biens. Quoique ce contrat se passe à l'occasion du mariage, dont il est l'accessoire né-

(1) Bellot des Minières, *Du contrat de mariage*, 1825, 4 vol. in-8°. Odier. *Traité du contrat de mariage*, 1847, 3 vol. Rodière et Pont, *Traité du contrat de mariage*, 1re édition, 2 vol.; 2e édition, 3 vol., 1869. Troplong, *Du contrat de mariage*, 4 vol., 1850. — Sur le droit ancien. Renusson, *Traité de la communauté*, 1 vol. in-4° (1723); Lebrun, *Traité de la communauté*, 1 vol. in-fol. (1755); Pothier, *Traité de la communauté*.

cessaire, il en diffère essentiellement par son objet. Le mariage est tout entier d'ordre public, puisqu'il est la base de l'ordre social et de l'ordre moral; tandis que le contrat de mariage ne concerne que les biens des époux, par conséquent des intérêts pécuniaires. C'est la raison pour laquelle les auteurs du code civil en traitent au livre III, après avoir établi les principes généraux sur les obligations et avant les contrats ordinaires de vente, de louage, de société, etc. Le contrat de mariage ouvre donc la série des contrats par lesquels les particuliers règlent leurs intérêts.

Il y a toutefois une différence considérable entre le contrat de mariage et les autres contrats. Ceux-ci ne touchent qu'accidentellement à des matières d'ordre public; tandis que le contrat de mariage, étant l'accessoire du mariage, a par cela même une liaison étroite avec l'union des personnes. Cela est si vrai, que le régime de droit commun qui existe entre les époux en vertu de la loi, la communauté légale, est une société de biens, conséquence de la société des personnes. Le lien entre les personnes et les biens est si intime, que le droit qui régit les biens a une influence plus ou moins directe sur le droit qui régit les personnes. A la vérité, le contrat de mariage ne règle l'association conjugale que quant aux biens; ce sont les termes de l'article 1387; les époux ne peuvent donc pas régler, par leurs conventions, les rapports d'état personnel que crée le mariage; c'est la loi qui organise le mariage et en détermine les conditions, ainsi que les droits et obligations qui en découlent; et comme toutes ces règles concernent les bonnes mœurs et l'ordre public, il n'est pas permis aux époux d'y déroger (art. 6). Il est donc de principe que le contrat de mariage ne peut pas modifier les règles que le législateur a établies au titre du *Mariage*. Cependant, ainsi formulé, le principe est trop absolu (1). L'une des conséquences les plus importantes du mariage, c'est l'incapacité de la femme mariée : elle ne peut faire

(1) Duranton dit que le contrat de mariage ne règle *rien* de ce qui concerne la personne des époux et le pouvoir du mari sur la femme (t. XIV, p. 2, n° 2).

aucun acte juridique sans l'autorisation du mari ou de justice. Cette incapacité est d'ordre public, puisqu'elle découle de la puissance maritale. Néanmoins le contrat de mariage peut déroger à l'incapacité de la femme en lui donnant une indépendance plus ou moins grande qui lui permet de faire les actes usuels de la vie sans y être autorisée; la femme séparée de biens a la libre administration de son patrimoine, elle est donc affranchie de la puissance maritale en tout ce qui concerne les actes d'administration. C'est une grave dérogation aux principes généraux de droit : elle s'explique, comme beaucoup d'autres exceptions, par la faveur que le législateur accorde aux conventions matrimoniales, ainsi que nous le dirons plus loin.

2. Le contrat de mariage proprement dit consiste dans les conventions matrimoniales. Comme ces conventions doivent être constatées par acte authentique, on donne aussi le nom de contrat de mariage à l'acte qui contient les conventions entre époux. Cela se conçoit, puisque l'acte étant de l'essence du contrat, le contrat se confond facilement avec l'acte. Toujours est-il que c'est une confusion qu'il faut éviter. Il peut y avoir contrat de mariage sans qu'il y ait un acte par-devant notaire; les futurs époux qui se marient sans avoir dressé un acte notarié de leurs conventions matrimoniales sont mariés sous le régime de la communauté légale (art. 1393). La loi dit qu'à défaut de stipulations spéciales, le régime de la com munauté forme le droit commun de la France. Il en est ainsi en fait comme en droit; la plupart des époux ne font pas de contrat par-devant notaire : ils conviennent par là même tacitement qu'ils se marient sous le régime de communauté. Les contrats de mariage tacites sont donc les plus fréquents des contrats de mariage.

Pourquoi y a-t-il nécessairement entre époux un contrat de mariage soit exprès, soit tacite? La loi impose aux époux des obligations qui naissent du mariage : ils sont obligés de nourrir, entretenir et élever leurs enfants; le mari est obligé de fournir à la femme tout ce qui est nécessaire pour les besoins de la vie, selon ses facultés et son état (art. 203, 214). Il y a donc des devoirs communs

aux époux : comment les remplissent-ils? dans quelle mesure le mari et la femme y doivent-ils contribuer? Il faut qu'il y ait une convention sur ce point; il faut donc un contrat de mariage. Le mari doit subvenir aux besoins de la femme : est-ce à dire que celle-ci n'y contribue point? Régulièrement la femme apporte au mari une dot pour l'aider à supporter les charges du mariage; il faut que les époux déterminent quels biens sont dotaux et quels droits le mari a sur ces biens: en a-t-il l'administration et la jouissance? ou est-ce la femme qui administre ses biens et qui en jouit? Les époux mettent-ils leurs biens en société en tout ou en partie, ou chacun conserve-t-il la propriété de son patrimoine? Et que deviennent les biens acquis pendant la durée du mariage : sont-ils communs ou appartiennent-ils au mari? Il faut nécessairement une règle; c'est dire qu'il faut un contrat de mariage pour déterminer les droits et les obligations des époux quant à leurs biens.

Le contrat de mariage n'intéresse pas seulement les époux; les tiers qui contractent avec eux y ont le plus grand intérêt. Traitent-ils avec la femme, il faut qu'ils sachent si elle doit être autorisée par son mari, ou si, pour l'acte qu'elle passe, elle est affranchie de la puissance maritale. Si elle a besoin d'autorisation, les tiers doivent encore savoir quels en seront les effets : la femme sera-t-elle obligée sur ses biens pour la toute propriété ou pour la nue propriété? le mari sera-t-il tenu sur son patrimoine propre? Si les tiers traitent avec le mari, ils ont toujours pour gage les biens de leur débiteur; mais ce gage peut être insuffisant; il importe aux créanciers de savoir s'ils ont une action sur les biens de la femme; cela dépend des conventions matrimoniales. Il faut donc un contrat de mariage qui règle les droits que le mari a sur les biens de la femme; il a toujours un droit, mais ce droit varie d'après les conventions des époux. Ces conventions sont donc nécessaires pour régler les rapports des époux avec les tiers.

3. L'ensemble des règles qui régissent l'association conjugale quant aux biens s'appelle régime. On pourrait

croire, d'après l'article 1391, qu'il n'y a que deux régimes, le régime de la communauté et le régime dotal. « Les époux, dit la loi, peuvent déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier ou sous le régime de la communauté, ou sous le régime dotal. Au premier cas, et sous le régime de la communauté, les droits des époux et de leurs héritiers seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent titre. Au deuxième cas, et sous le régime dotal, leurs droits sont réglés par les dispositions du chapitre III. » La classification du code consacre, en apparence, le principe des deux régimes. Après le chapitre Ier, des dispositions générales, viennent deux chapitres comprenant l'un, la communauté et l'autre, le régime dotal. Cependant, il est certain que le code prévoit quatre régimes très-différents, la communauté légale ou conventionnelle, le régime exclusif de communauté, la séparation de biens et le régime dotal. Pourquoi donc les auteurs du code ne mentionnent-ils dans l'article 1391 que le régime de communauté et le régime dotal? C'étaient les deux régimes qui se partageaient l'ancienne France; dans les pays coutumiers, la communauté formait le droit commun; tandis que dans les pays de droit écrit, c'était le régime dotal. Les auteurs du code civil, voulant ramener le droit à l'unité, devaient se prononcer pour l'un des deux régimes; ils donnèrent la préférence à la communauté; nous en dirons les raisons plus loin. Le projet primitif ne mentionnait pas même le régime dotal. Sur les vives réclamations des provinces du Midi, l'on ajouta un chapitre sur le régime dotal, et, afin de mettre les deux régimes sur un pied d'égalité, l'article 1391 disposa que les futurs époux pourraient se borner à déclarer, d'une manière générale, qu'ils se marient sous le régime de communauté ou sous le régime dotal. Cela allait de soi, puisque tel est le droit commun : de même que je puis faire une vente en m'en référant au titre du code sur la *Vente* pour ce qui concerne mes droits et obligations, de même je puis faire un contrat de mariage en adoptant les règles tracées par le code pour le régime auquel j'entends me soumettre. Il y a plus. La satisfaction que l'article 1391 donne aux pays

de droit écrit n'est qu'apparente : ils voulaient l'égalité. mais ils ne pouvaient l'obtenir sous l'empire d'un droit uniforme. Il fallait un régime de droit commun pour ceux qui se marient sans faire d'acte : c'est la communauté légale; les époux sont censés la stipuler par cela seul qu'ils ne font pas d'acte notarié. Si donc les futurs époux veulent se marier sous le régime de communauté, ils ne sont pas obligés de dresser un écrit de leurs conventions; la loi leur tient lieu d'acte. Au contraire, ceux qui veulent adopter le régime dotal doivent faire un acte notarié, dans lequel ils stipulent expressément ce régime (art. 1392). Nous reviendrons sur ce dernier point.

4. On peut ranger les divers régimes sous deux catégories : le régime de communauté et les régimes exclusifs de communauté. La communauté est une société de biens; le code l'a consacrée telle qu'il l'a trouvée établie par la tradition, comprenant le mobilier présent et futur des époux, les fruits de leurs propres et les acquêts. Les parties sont libres d'étendre ou de restreindre la communauté légale; ces dérogations constituent la communauté dite conventionnelle. A vrai dire, toute communauté est conventionnelle. La communauté peut être convenue tacitement, c'est ce que le code appelle communauté légale. Si les époux veulent modifier cette communauté, ils doivent le faire par acte notarié : c'est la communauté conventionnelle proprement dite.

Les trois autres régimes formulés par le code excluent la communauté en ce sens que chacun des époux conserve son patrimoine : ils sont séparés de biens. Il y a séparation de biens d'abord sous le régime qui porte ce nom : le mari et la femme restent propriétaires de leurs biens, ils les administrent et en jouissent séparément. La loi ou la convention déterminent dans quelle proportion les époux contribuent aux charges du mariage. Le régime par lequel les époux déclarent se marier sans communauté emporte également séparation de biens; mais, sous ce régime, le mari a l'administration et la jouissance des biens de la femme. Il en est de même, sous le régime dotal, pour les biens dotaux; ce qui caractérise ce régime, c'est l'inaliéna-

bilité de la dot. Quant aux biens non dotaux ou paraphernaux, la femme en a l'administration et la jouissance, comme elle l'a sous le régime de séparation de biens.

5. Les époux peuvent adopter l'un des régimes exclusifs de communauté en se référant aux dispositions du code qui le régissent; l'article 1391 le dit du régime dotal, et il en faut dire autant des deux autres régimes, puisque l'article 1391 ne fait qu'appliquer un principe de droit commun. Les époux peuvent aussi modifier les régimes exclusifs de communauté comme ils l'entendent. Cela encore est de droit commun pour quelque régime que ce soit. Le code le dit dans la première disposition de notre titre : aux termes de l'article 1387, « la loi ne régit l'association conjugale, quant aux biens, qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. » Le code prévoit les clauses les plus usuelles par lesquelles on déroge au régime de la communauté : c'est ce qu'il appelle la communauté conventionnelle; ces clauses traditionnelles n'empêchent pas les parties de stipuler d'autres clauses ; cela est d'évidence, puisque l'article 1387 le dit. Il en est de même des régimes exclusifs de communauté; le code ne prévoit pas de clauses dérogatoires, parce que la tradition n'en consacrait aucune. Seulement, à la fin du chapitre du régime dotal, il se trouve une disposition ainsi conçue : « En se soumettant au régime dotal, les époux peuvent néanmoins stipuler une société d'acquêts, et les effets de cette société sont réglés comme il est dit aux articles 1498 et 1499. » C'est dire que les époux peuvent combiner les divers régimes comme ils l'entendent. Si, tout en se soumettant au régime dotal, ils peuvent stipuler une communauté d'acquêts, ils doivent avoir le droit, par identité de raison, de modifier le régime de communauté par des principes empruntés au régime dotal. La raison de décider est la même; elle se trouve dans le principe de liberté que l'article 1387 applique aux conventions matrimoniales, et qui, à vrai dire, est commun à toutes les conventions (1). Si la loi l'a

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 14, n° 10

inscrit dans l'article 1387, c'est sans doute pour marquer que les parties contractantes jouissent encore d'une plus grande liberté pour les conventions matrimoniales que pour les autres conventions.

Cela est si évident que l'on ne comprend pas que Troplong l'ait contesté (1). L'autorité dont cet auteur jouit en France nous oblige d'insister. Citons d'abord les paroles du tribun Duveyrier dans l'excellent rapport qu'il a fait au Tribunat; après avoir parlé de la tradition qui divisait l'ancienne France et qui donnait des habitudes différentes à l'habitant du Midi et à l'habitant du Nord, le rapporteur ajoute : « Ils pourront même l'un et l'autre *confondre à leur gré les deux régimes dans leurs conventions* et emprunter de l'un et de l'autre les règles qui plairont à leur intérêt comme à leur volonté et qui pourront, suivant les lieux et les circonstances, se combiner sans se contredire (2). » Siméon, l'orateur du Tribunat, proclame le principe de liberté dans d'excellents termes : « Les conventions matrimoniales sont un contrat; il est de la nature de tout contrat de recevoir toutes les stipulations qui conviennent à ceux qui le forment... *Qu'on stipule tout ce qu'on voudra,* pourvu qu'on ne stipule rien que ce qui est honnête et permis (c'est-à-dire licite); voilà le premier précepte et tout le désir de la loi... La loi doit régler la forme des contrats et leurs effets; elle doit en procurer l'exécution, mais les stipulations en appartiennent à la volonté des contractants. Elles font partie de cette liberté que la constitution politique leur garantit, de cette propriété que le code civil protége et organise (3). »

Qu'oppose-t-on aux principes et aux auteurs du code qui les ont exposés? Troplong cite l'article 1581, qui, d'après lui, montre la limite des alliances que le régime dotal peut faire avec la société de biens. Ce qui veut dire que l'article 1581 est restrictif. L'est-il dans les termes? Non, il se borne à dire que le régime dotal peut se combiner avec une espèce de communauté. La restriction

(1) Troplong, t. I, nos 79 et 80.
(2) Duveyrier, *Rapport,* no 1 (Locré, t. VI, p. 406).
(3) Siméon, *Discours,* no 5 (Locré, t. VI, p. 459).

serait-elle dans l'esprit de la loi? Pas davantage; l'article 1581 ne fait qu'appliquer le principe de liberté écrit dans l'article 1387. Dira-t-on que cette application était inutile? Cela est vrai, mais il y a une raison historique qui l'explique. Le rapporteur du Tribunat nous apprend que dans quelques pays de droit écrit, comme à Bordeaux, « l'on aimait à tempérer l'inflexibilité du régime dotal par la confiance d'une communauté imparfaite que l'on appelait société d'acquêts, et l'on attribuait à ce système tous les avantages de l'un et de l'autre régime (1). » Les auteurs du code ont reproduit cette disposition traditionnelle, de même qu'ils ont reproduit, dans tout le titre du *Contrat de mariage,* les règles que la tradition avait consacrées.

6. Le législateur, loin de restreindre la liberté des contractants en matière de conventions matrimoniales, l'étend : comme il favorise le mariage, il devait aussi favoriser le contrat de mariage, l'expérience démontrant que les stipulations relatives aux biens engagent souvent les parties à s'unir, de même qu'elles pourraient entraver leur union si la loi enchaînait la liberté de ceux qui veulent se marier, mais qui ne le veulent que sous les conditions qui leur conviennent. Pothier en a déjà fait la remarque : la loi permet aux futurs époux de faire dans leur contrat de mariage des stipulations qu'elle prohibe en dehors de ce contrat. Les pactes successoires sont sévèrement défendus comme contraires aux bonnes mœurs; par contrat de mariage, on peut faire une institution contractuelle; dans l'ancien droit, l'institution contractuelle avait encore ceci de particulier, qu'elle était admise même dans les lieux où les coutumes rejetaient absolument l'institution d'héritier, jusque dans les testaments dans lesquels elle n'était regardée que comme un simple legs; ainsi on pouvait faire par contrat de mariage ce qu'il était défendu de faire par acte de dernière volonté. C'est encore par la faveur des contrats de mariage que Pothier explique les dérogations que le législateur autorisait au principe fondamental des donations, l'irrévocabilité (2). Nous renvoyons à ce qui a

(1) Duveyrier, *Rapport*, n° 3 (Locré, t. VI, p. 407).
(2) Pothier, *De la communauté* n° 2.

été dit au titre des *Donations et Testaments*. Enfin la loi permet aux époux mineurs de faire toute espèce de donations par contrat de mariage (art. 1398); tandis qu'en dehors de ce contrat, le mineur ne peut jamais faire de donation entre-vifs.

Il faut appliquer à ces dispositions exceptionnelles le principe qui régit toute exception : elles sont de rigoureuse interprétation. Ainsi la loi autorise le mineur habile à contracter mariage à consentir toutes les conventions dont ce contrat est susceptible. Est-ce à dire que le mineur puisse faire, par son contrat de mariage, des conventions que la loi ne lui permet de consentir qu'en observant les formes qu'elle prescrit pour garantir ses intérêts, un partage par exemple, ou une vente? Non, certes, ce ne sont pas là des conventions matrimoniales; donc le texte de l'article 1398 est inapplicable. Et l'esprit de la loi est également étranger aux contrats ordinaires; il ne peut pas s'agir de favoriser le mariage, en favorisant des conventions qui n'ont rien de commun avec le mariage (1). Par identité de raison, il faut décider que le mineur ne peut pas confirmer par contrat de mariage une vente ou un partage irréguliers; la confirmation est étrangère au mariage, donc elle reste sous l'empire du droit commun (2).

SECTION II. — Conditions requises pour la validité du contrat de mariage.

ARTICLE 1er. Capacité.

§ Ier. *Capacité de se marier.*

7. Le contrat de mariage est l'accessoire du mariage; on ne conçoit pas de conventions matrimoniales là où il n'y a point de mariage. Si donc un contrat de mariage avait été dressé et que le mariage ne fût pas célébré, le contrat contenant les conventions matrimoniales tombe-

(1) Bordeaux, 25 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 453). Grenoble, 5 août 1859, et Limoges, 29 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 39 et 40).

(2) En sens contraire, Grenoble, 10 juillet 1860 (Dalloz, 1862, 2, 40).

lait. Il suit de là que le contrat de mariage renferme la condition tacite : si le mariage s'ensuivra. L'article 1087 le dit pour les donations qui seraient faites en faveur du mariage : elles sont caduques si le mariage ne s'ensuit pas. Ce que la loi dit des donations s'applique à toutes les conventions matrimoniales. Troplong établit ce principe très-savamment en s'appuyant sur des lois romaines et sur l'autorité de Cujas (1). A quoi bon ce luxe de science alors qu'il y a un texte du code? Et, à défaut de texte, le bon sens suffirait pour décider qu'il n'y a pas de contrat de mariage sans mariage. Mais si le principe est simple, les difficultés ne manquent point dans l'application.

7 *bis*. Du principe que le contrat de mariage est conditionnel, la cour de cassation a déduit la conséquence que les conventions matrimoniales ont effet à partir du jour où elles ont été contractées quand le mariage s'accomplit. C'est l'application de l'article 1179, aux termes duquel la condition accomplie a un effet rétroactif au jour auquel l'engagement a été contracté. Dans l'espèce, le contrat avait été passé le 13 juillet 1865 et le mariage avait été célébré le 16 août. Un créancier, dont la créance datait du 13 août, attaqua le contrat comme contenant une donation déguisée faite en fraude de ses droits. La cour de Bordeaux, tout en admettant le principe de la rétroactivité, déclara l'action admissible. C'était violer l'art. 1167, qui ne permet pas aux créanciers antérieurs à l'acte frauduleux d'en demander la nullité pour cause de fraude. L'arrêt a été cassé (2).

8. On demande si la caducité du contrat de mariage entraîne la nullité des conventions étrangères au mariage qui y sont constatées. La négative n'est pas douteuse. Si le contrat tombe, c'est qu'il est impossible qu'il y ait un contrat de mariage entre personnes qui ne sont pas mariées. Ce motif n'est pas applicable aux conventions étrangères au mariage. La cour de Grenoble l'a jugé ainsi dans une espèce qui présentait quelque doute. Un contrat

(1) Troplong, *Du contrat de mariage*, t. I, p. 83, n° 90.
(2) Cassation, 7 février 1872 (Dalloz, 1873, 1, 80).

de mariage contenait la clause suivante : « Les futurs, en se mariant, ont ajouté que leur intention commune est de légitimer leur enfant âgé d'environ quinze ans, habitant avec eux. » Le mariage ne fut point célébré par suite de la maladie et de la mort du père de l'enfant naturel. Celui-ci, institué légataire universel par plusieurs testaments, avait intérêt à contester la reconnaissance non suivie de légitimation. Il prétendit que la clause contenant légitimation tombait avec le mariage qui devait le légitimer. La cour répond qu'il y avait dans la clause une reconnaissance, et non une légitimation, la légitimation ne pouvant résulter que du mariage. Il s'agissait donc de savoir si la reconnaissance restait valable malgré la caducité du contrat de mariage. Ledit contrat n'étant entaché d'aucun vice, il fallait appliquer l'article 334 : faite par un acte authentique, la reconnaissance était valable, sauf à l'enfant à en contester la sincérité ; ce qui, dans l'espèce, n'était point soutenable. On pouvait objecter que la caducité du mariage faisait tomber le contrat de mariage et toutes les dispositions qu'il renfermait. Cela est trop absolu. Un acte peut contenir des dispositions diverses et d'une nature différente : les unes conditionnelles, venant à tomber quand la condition défaillit ; les autres, pures et simples, subsistant parce qu'elles sont étrangères au mariage. Il est vrai que la reconnaissance litigieuse était le préliminaire de la légitimation, mais les deux faits ne sont pas inséparables ; la reconnaissance peut donc être maintenue, bien qu'elle ne soit pas suivie de légitimation (1).

9. Si les parties qui ont dressé le contrat de mariage ne peuvent pas se marier, parce qu'un empêchement légal s'y oppose, que deviendra le contrat ? Régulièrement le mariage ne pourra pas être célébré, ce qui entraînera la caducité du contrat. L'hypothèse est, au fond, la même que celle que nous venons de prévoir. Que les parties ne puissent pas ou ne veuillent pas se marier, peu importe ; dans tous les cas, il n'y a point de mariage, et sans mariage, le contrat de mariage ne se conçoit pas.

(1) Grenoble, 6 août 1861 (Dalloz, 1861, 2, 207).

Mais il se peut que le mariage soit célébré malgré l'empêchement qui y mettait un obstacle légal : que devient, dans ce cas, le contrat? Quand on dit qu'un acte est nul, cela veut dire que la nullité en peut être demandée. Si la nullité du mariage est demandée et prononcée, le contrat de mariage tombe par application du principe que nous venons de poser (n° 7); le mariage annulé est censé n'avoir jamais été célébré; par suite le contrat tombe. On ne peut pas dire que le contrat de mariage soit nul, car nous supposons qu'en lui-même l'acte est valable. On ne peut pas dire que la nullité du mariage ait pour effet la nullité des conventions matrimoniales; la loi ne dit pas que la capacité de se marier soit une condition requise pour la validité du contrat de mariage; le contrat n'est donc pas nul, quoique, au moment où il a été fait, les futurs époux ne fussent pas capables de se marier; tout ce que l'on peut dire, c'est que le contrat est subordonné à la célébration du mariage : si le mariage est annulé, il n'y a pas de contrat de mariage, parce que la condition sous laquelle il avait été contracté défaillit. Si, de fait, les époux ont vécu en communauté, l'annulation du mariage mettra fin à cette communauté de fait; le juge la liquidera, sans tenir compte des conventions matrimoniales. Nous reviendrons sur la communauté de fait au titre de la *Société*.

Ces principes reçoivent exception quand le mariage est putatif. Aux termes de l'article 201, « le mariage qui a été déclaré nul produit néanmoins les effets civils, tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants, lorsqu'il a été contracté de bonne foi. » Un des effets civils du mariage est de valider les conventions matrimoniales qui l'ont précédé; donc le contrat de mariage recevra son exécution malgré l'annulation du mariage. Nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs sur le mariage putatif.

Si la nullité du mariage n'est pas demandée, les conventions matrimoniales produiront leur effet comme si le mariage était valable. C'est une conséquence des principes qui régissent la nullité des actes. L'acte nul, à la différence de l'acte inexistant, produit tous ses effets, comme s'il

n'était entaché d'aucun vice, tant que la nullité n'en a pas été prononcée par le juge. Donc le mariage, quoique annulable, valide les conventions qui l'ont accompagné. Que l'on ne dise pas que ces conventions sont nulles comme ayant été consenties par ceux qui n'avaient pas capacité de faire un contrat de mariage, puisqu'ils n'étaient pas capables de se marier. Nous avons répondu d'avance à l'objection : la capacité de se marier n'est pas une condition requise pour la validité des conventions matrimoniales; si ces conventions tombent quand le mariage est annulé, c'est uniquement par caducité; elles ne sont pas nulles, elles sont inefficaces, en ce sens qu'elles ne peuvent produire aucun effet entre des personnes qui ne sont pas mariées. Or, tant que le mariage n'est point annulé, il y a des personnes mariées entre lesquelles il doit y avoir des conventions matrimoniales quelconques; donc celles qui ont été passées par-devant notaire subsistent.

A plus forte raison en est-il ainsi quand la nullité du mariage est relative et qu'elle se trouve couverte (1). Le mariage est alors pleinement valable et, par suite, il n'y a plus de raison pour que le contrat de mariage tombe; nous supposons toujours que le contrat est valable par lui-même. Un fils de famille majeur fait un contrat de mariage; puis il se marie sans le consentement de son père et avant d'avoir atteint l'âge de vingt-cinq ans. Le contrat est valable et le mariage est nul. Mais la nullité n'est que relative; le père confirme le mariage; cette confirmation équivaut à un consentement. Dira-t-on que le contrat de mariage est nul parce que le futur n'était pas capable de contracter mariage? La loi ignore cette nullité et il n'appartient pas à l'interprète de la créer en établissant une condition que la loi n'a pas prescrite.

10. La cour de cassation de Belgique a appliqué ces principes dans un cas singulier. Aux termes de l'art. 297, les époux divorcés par consentement mutuel ne peuvent contracter un nouveau mariage que trois ans après la prononciation du divorce. Avant l'expiration de ce délai, l'un

(1) Troplong, t. 1, p. 84, n° 93 (Ed. belge.,

des époux divorcés passe un contrat de mariage, puis le mariage se célèbre après que les trois ans sont expirés. On prétendit que le contrat de mariage était nul. La cour de cassation a repoussé ces prétentions. Le pourvoi invoquait l'article 297; cette disposition établit un empêchement à la célébration du mariage, elle ne défend pas d'arrêter les conventions matrimoniales dans le délai de trois ans. Il est vrai qu'il résulte de là que les époux divorcés peuvent impunément braver la loi en faisant, dès le jour du divorce, un contrat de mariage, sauf à célébrer le mariage après l'expiration du délai. Le pourvoi s'en prévalait pour soutenir que les conventions matrimoniales étaient nulles en vertu de l'article 6, qui défend aux particuliers de déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent l'ordre public et les bonnes mœurs. La cour répond que les conventions matrimoniales n'ont par elles-mêmes rien de contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs, quoiqu'elles soient consenties à un moment où le mariage est encore impossible; le contrat est fait, dans ce cas, sous la condition du mariage qui sera célébré. L'arrêt ajoute cependant une réserve : « A moins qu'il ne soit constaté par l'acte lui-même ou par le juge du fait que le contrat était destiné exclusivement à régir un mariage prématurément contracté au mépris de la loi (1). » Dans ce cas-là même, l'article 6 serait inapplicable, puisque aucune loi ne serait violée. En cas de divorce, le mariage ne pourrait pas être annulé, l'empêchement n'étant que prohibitif. Il y a une lacune dans la loi : défendant le mariage, elle aurait dû aussi défendre les conventions matrimoniales et sanctionner sa défense, soit par la nullité, soit par une peine.

11. Dans l'espèce, l'obstacle qui s'opposait à la célébration du mariage était temporaire; il devait disparaître par le seul laps de temps. La question est plus difficile lorsque l'obstacle se trouve dans la loi. Si l'empêchement peut être levé moyennant une dispense, il n'y a guère de doute. Le mariage est prohibé entre beau-frère et belle-

(1) Rejet, 25 février 1839 (*Pasicrisie*, 1839, 1, 20).

sœur (art. 162); mais le gouvernement peut lever cette prohibition. Un contrat de mariage est dressé avant que les dispenses aient été accordées : sera-t-il valable si le mariage est ensuite contracté avec dispense? L'affirmative nous paraît certaine; le contrat est conditionnel dans ce cas, en ce sens que, valable par lui-même, il dépend, quant à son efficacité, de la célébration du mariage. Le mariage étant valable et le contrat n'étant entaché d'aucun vice, on ne voit pas pourquoi les conventions matrimoniales seraient nulles. Elles seraient nulles si la loi posait comme principe que la capacité de se marier est une condition de la validité du contrat de mariage; mais nous répétons que la loi n'établit pas ce principe. Donc dès que le mariage est valable, le contrat l'est aussi, en supposant que l'acte soit valable (1).

Que faudrait-il décider si l'empêchement ne pouvait pas être levé par une dispense? Il en était ainsi de l'empêchement établi entre beau-frère et belle-sœur par l'article 162 avant la loi du 28 février 1831 et, en France, avant la loi du 16 avril 1832. La cour de Paris a jugé que le contrat de mariage dressé avant cette dernière loi était valable, si le mariage a été célébré, après la loi, avec dispense. On a critiqué cette décision, nous la croyons très-juridique. Le contrat est aussi conditionnel, en ce sens que l'efficacité en dépend d'un changement dans la législation. Les lois peuvent être changées; de fait, l'article 163 a été modifié en France et en Belgique; pourquoi les parties ne pourraient-elles pas contracter dans la prévision, ou, si l'on veut, dans l'espérance d'une loi nouvelle? Les objections que l'on a faites contre l'arrêt de Paris ne nous paraissent pas sérieuses. On attaque le principe sur lequel il se fonde. L'arrêt pourrait être mieux rédigé, mais le principe qu'il applique est incontestable. Il n'y a pas, comme on l'a prétendu, une cause illicite dans le contrat de mariage fait à un moment où le mariage est légalement impossible, car si la loi défend le mariage, elle ne défend pas le contrat de mariage. Induire la prohibition du contrat de la pro-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 241 et note 17, § 502 (4e éd.).

hibition du mariage, c'est créer une prohibition et une nullité; l'interprète n'a pas ce droit (1).

12. Nous avons toujours supposé que le contrat de mariage est valable; il peut se faire qu'il soit vicié par des causes qui lui sont propres et que le mariage aussi soit entaché d'un vice qui le rende nul. Il y a alors deux actions en nullité, indépendantes l'une de l'autre. La nullité du mariage peut se couvrir si elle n'est que relative. Dans ce cas, le mariage sera valable, bien que le contrat de mariage soit nul; la confirmation du mariage n'emportera pas la confirmation du contrat; les deux actes sont régis par des principes différents, quoique l'un soit le préliminaire et l'accessoire de l'autre, comme nous allons le dire en traitant de la capacité de contracter qui est requise pour la validité du contrat de mariage. Le mariage des mineurs donne lieu à des difficultés particulières dont nous ajournons également l'examen. Le principe, tel que nous venons de le poser, est admis par la doctrine et par la jurisprudence. Troplong l'a combattu en établissant comme principe l'indivisibilité du mariage et des conventions matrimoniales; cette opinion n'a pas trouvé faveur. Nous allons revenir sur le principe et sur les objections que l'on y fait (2).

§ II. *Capacité de contracter.*

N° 1. PRINCIPE.

13. La capacité de se marier suffit-elle pour faire un contrat de mariage? ou faut-il, outre la capacité de se marier, la capacité de contracter et de consentir les stipulations comprises dans le contrat de mariage? C'est d'ordinaire en ces termes que l'on pose la question; à notre avis, elle est mal posée. La capacité de se marier, comme

(1) Paris. 9 février 1860 (Dalloz, 1860, 2, 73, et la note de l'arrêtiste). Le mariage avait été célébré, dans l'espèce, avant la loi nouvelle, mais il y eut une seconde célébration après la publication de la loi.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 231 et suiv., et note 10, § 501.

nous venons de le dire (nos 7-12), n'est pas une condition proprement dite de la validité du mariage; seulement, comme les conventions matrimoniales ne se conçoivent pas sans mariage, le contrat de mariage est nécessairement subordonné à la célébration du mariage; d'où suit que la nullité du mariage entraîne la caducité des conventions matrimoniales. En ce sens, on peut dire que celui qui veut faire un contrat de mariage doit être capable de se marier; mais ce qui prouve que ce n'est pas là une véritable condition, c'est que le contrat de mariage peut être valable quoique le mariage soit nul; ce qui arrive quand le mariage, quoique vicié, n'est pas annulé, ou quand la nullité est couverte par la confirmation. Quelle est donc la capacité qui est nécessaire pour faire un contrat de mariage? En théorie, la réponse est bien simple. Celui qui fait un contrat de mariage ne se marie point encore, donc il ne doit pas avoir la capacité de se marier. Que fait-il? Il contracte; donc il doit avoir la capacité de contracter. D'ordinaire il fait plus que s'obliger, il aliène en disposant de ses biens mobiliers ou immobiliers; il doit donc avoir la capacité d'aliéner.

Le code consacre-t-il cette théorie? Chose remarquable, il ne parle pas de la capacité qui est requise pour faire un contrat de mariage; cela décide la question. En effet, par cela seul que la loi ne déroge pas aux principes généraux qui régissent les contrats en général, elle les maintient. Quels sont ces principes? Au titre des *Obligations*, il y a un chapitre intitulé : *Des conditions essentielles pour la validité des conventions*. L'une de ces conditions est la capacité de contracter. C'est une condition générale et essentielle dans tout contrat; on ne conçoit pas que la loi déclare un incapable capable de contracter. La loi entoure les incapables d'une protection spéciale; elle détermine les conditions et les formes qui doivent être observées quand un incapable contracte, afin de sauvegarder les intérêts de ceux qui ne peuvent pas eux-mêmes veiller à leurs droits. Peut-on supposer qu'elle ait oublié cette sollicitude quand il s'agit du contrat le plus important, du contrat de mariage qui régit les parties contractantes pen-

dant toute leur vie, et qu'elles ne peuvent ni révoquer ni modifier par leur consentement mutuel?

14. Il y a une opinion contraire d'après laquelle la capacité de se marier suffit pour consentir les conventions matrimoniales; de sorte que les incapables, auxquels la loi permet de se marier, seraient par cela même habiles à faire un contrat de mariage (1). On invoque, à l'appui de cette doctrine, un vieil adage que l'on formule de différentes manières : *Habilis ad matrimonium, habilis ad matrimonii consequentias;* ou : *Habilis ad nuptias, habilis ad pacta nuptialia.* L'adage est vrai en un certain sens; il est faux si on l'entend comme nous venons de le dire. Il y a des personnes que la loi déclare incapables de contracter : ce sont les mineurs et les interdits (art. 1124). Les personnes placées sous conseil judiciaire ne sont pas frappées d'une incapacité absolue, mais le code leur défend de consentir les conventions les plus importantes sans l'assistance de leur conseil (art. 499, 513). Quoique déclarés incapables de contracter, les mineurs et les personnes placées sous conseil peuvent se marier; on admet généralement que les interdits ont le même droit. Les incapables pouvant se marier, la loi a dû les autoriser à faire un contrat de mariage, car il n'y a pas de mariage sans des conventions matrimoniales expresses ou tacites. Se marient-ils sans avoir dressé un acte de leurs conventions matrimoniales, ils seront mariés sous le régime de la communauté légale qui, dans ce cas, sera leur contrat de mariage. S'ils peuvent consentir tacitement un régime, ils doivent avoir le droit de faire un contrat par-devant notaire. Est-ce à dire que les incapables puissent, sans condition aucune et sans aucune garantie, consentir toute espèce de conventions matrimoniales? Dès qu'ils se présentent devant un notaire pour faire un contrat de mariage, ils doivent avoir la capacité de contracter. Cette capacité, ils ne l'ont pas; donc ils ne peuvent faire un contrat de mariage, à moins qu'ils ne remplissent les con-

(1) Demante, t. VI, p. 25, n° 15 : « La faveur des conventions matrimoniales est telle, que toute personne capable de se marier doit être par là même capable de les consentir. »

ditions et les formes que la loi prescrit pour couvrir leur incapacité et sauvegarder leurs intérêts. C'est le droit commun; et comme la loi n'y déroge point en ce qui concerne les conventions matrimoniales, les incapables y restent soumis. Il résulte de là une certaine anomalie; les incapables peuvent se marier sous le régime de la communauté légale sans observer aucune forme, donc sans garantie aucune; et ils ne pourraient pas consentir une communauté réduite aux acquêts, quoique la communauté d'acquêts soit un régime plus favorable aux époux que la communauté légale. On répond, et légalement la réponse est péremptoire, que la loi, faisant de la communauté dite légale le régime de droit commun, l'a considérée, par cela même, comme le régime le plus favorable; on conçoit donc qu'elle y ait soumis les incapables, la nature de ce contrat tacite garantissant suffisamment leurs intérêts. Mais dès qu'ils y veulent déroger, la dérogation pouvant leur être préjudiciable, la loi veut qu'ils soient protégés par l'observation des conditions et des formes qu'elle établit en leur faveur.

C'est en ce sens que le code applique l'adage aux mineurs. L'article 1398 commence par dire que « le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir *toutes les conventions* dont ce contrat est susceptible. » Voilà la traduction de l'adage latin. Si l'article ne disait pas autre chose, on pourrait en induire que la loi affranchit les incapables, du moins les mineurs, de l'incapacité qui les frappe, quand il s'agit des conventions matrimoniales. Mais l'article 1398 ajoute une restriction à ce qu'il vient de dire, et cette restriction consacre l'incapacité telle que nous venons de l'expliquer. « Et les conventions et donations qu'il y a faites sont valables, *pourvu qu'il ait été assisté,* dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité dn mariage. » Ainsi il n'est pas vrai que le mineur puisse consentir les conventions matrimoniales par cela seul qu'il est habile à contracter mariage; il reste incapable de contracter, et c'est parce qu'il est incapable que la loi veut qu'il soit assisté; cette assistance couvre son incapacité. Si donc le mineur

peut faire un contrat de mariage, ce n'est pas parce qu'il est habile à contracter mariage, c'est parce qu'il est assisté.

15. On donne encore un autre sens à l'adage d'après lequel celui qui est habile à se marier est habile à consentir toutes les conventions matrimoniales; c'est que les incapables qui peuvent se marier sont par cela même habilités à faire un contrat de mariage, de sorte que la capacité du mariage couvre l'incapacité de contracter. On fonde cette doctrine sur le principe de l'indivisibilité des conventions matrimoniales et du mariage. Nous rejetons le prétendu principe ainsi que les conséquences que l'on en déduit. Loin d'être indivisibles, le mariage et le contrat de mariage sont deux conventions d'une nature essentiellement différente et régies par des principes différents. Le contrat de mariage est une convention relative aux biens des futurs époux, convention d'intérêt pécuniaire dont il est traité au livre qui concerne les obligations conventionnelles. La classification marque la volonté du législateur : mis sur la même ligne que la vente, le contrat de mariage est soumis aux règles qui régissent tous les contrats, donc à l'article 1108 qui place la capacité parmi les conditions essentielles pour la validité des conventions. Le mariage est aussi un contrat; mais, chose remarquable, la loi ne lui donne pas ce nom, et elle en traite au premier livre, consacré aux personnes. La classification sépare donc les deux contrats, le mariage et les conventions matrimoniales, bien qu'ils soient unis par un lien très-intime. Et la séparation est très-significative. Le mariage est un contrat d'état personnel; tout y est d'ordre public, aussi la loi règle-t-elle tout ce qui concerne les conditions et les effets du mariage, rien n'est abandonné aux conventions des parties intéressées; toute dérogation qu'elles apporteraient à des lois d'ordre public est par cela même frappée de nullité. Il en est tout autrement du contrat de mariage; la première règle qui ouvre le titre porte que la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. C'est la règle générale pour tous les contrats d'intérêt pécuniaire; la loi

n'impose pas sa volonté à ceux qui contractent, elle ne fait que régler les effets de leur volonté présumée, sauf aux parties contractantes à manifester une volonté contraire.

Deux contrats d'une nature essentiellement différente, régis par des principes différents, peuvent-ils être indivisibles? Cela implique contradiction; car ce serait appliquer à un ordre de choses des principes qui ont été établis pour un ordre de choses tout différent. La loi organise le mariage dans des vues d'intérêt général; c'est la base de la moralité; voilà pourquoi la loi l'autorise à un âge où, dans nos climats, on est encore enfant; elle le favorise en n'admettant la demande en nullité que dans les cas qu'elle prévoit; alors même qu'elle ouvre l'action en nullité, elle limite à certaines personnes le droit de l'intenter, et quand il n'y a pas un intérêt social en cause, elle permet facilement de couvrir la nullité par une confirmation. Appliquera-t-on ces principes au contrat de mariage en vertu de la prétendue indivisibilité des deux conventions? Ce ne serait pas appliquer la loi, ce serait la violer; car on étendrait des règles écrites dans un intérêt social à un ordre de choses où il ne s'agit que d'intérêts pécuniaires.

16. Que dit Troplong à l'appui de l'indivisibilité dont il est le seul défenseur (1)? Il demande si les dots ne tiennent pas à l'ordre public; il demande si ce n'est pas dans des vues d'ordre public que la loi déclare le contrat de mariage sacré et immuable? Non, les dots ne sont pas d'ordre public : dote qui veut, et les parties règlent les dots comme elles l'entendent. Qu'importe que le contrat de mariage ne puisse être modifié? Nous dirons plus loin quelles sont les raisons de cette immutabilité. Elles n'ont rien de commun avec l'indivisibilité du contrat de mariage et du mariage; même en ce qui concerne l'immutabilité, les deux contrats diffèrent essentiellement. Le mariage ne peut être rompu que pour les causes les plus graves; tandis que le contrat de mariage peut être rompu, sur la demande de la femme, dès que ses intérêts pécuniaires sont compromis. Ainsi les raisons que l'on allègue ou ne prou-

(1) Troplong, *Contrat de mariage*, t. I, p. 90, n° 112

vent rien ou témoignent contre le principe de l'indivisibilité.

Ce prétendu principe n'a pas trouvé faveur. La jurisprudence le repousse formellement, ainsi que les conséquences que l'on en dérive. Les cours invoquent un argument péremptoire, c'est le texte. Le code ignore le principe de l'indivisibilité, il ignore la maxime *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*, au moins dans le sens qu'on veut lui donner. La cour d'Agen dit très-bien : « Le mariage et le contrat nuptial, quoique intimement liés l'un à l'autre, n'étant pas des actes du même ordre et de la même importance, sont soumis à des règles propres et particulières. Aucune loi ne les a tellement confondus, qu'il soit impossible de maintenir le mariage sans maintenir aussi les conventions civiles. Il n'y a pas plus d'indivisibilité entre le mariage et le contrat de mariage, qu'il n'en existe dans les diverses dispositions du contrat de mariage lui-même. On conçoit très-bien que le contrat renferme des clauses dont les unes sont conformes et les autres contraires à la loi et que, par suite, il y ait lieu de maintenir les premières et d'annuler les secondes. » De même le mariage peut être valable ou validé, tandis que les conventions matrimoniales sont et restent nulles (1).

17. Nous dirons plus loin les conséquences différentes qui découlent des deux principes opposés. Pour le moment, il suffit de rappeler les différences élémentaires qui sont écrites dans la loi. Le majeur, dit l'article 488, est capable de tous les actes de la vie civile, sauf la restriction portée au titre du *Mariage*. Quelle est cette restriction? C'est que le fils de famille qui n'a pas atteint l'âge de vingt-cinq ans ne peut contracter mariage sans le consentement de ses père et mère. Est-ce que cette restriction existe aussi pour les conventions matrimoniales? Non, l'article 488 ne renvoie pas au titre du *Contrat de mariage*, et il ne s'y trouve aucune disposition qui restreigne la capacité du majeur. Ainsi celui qui n'est pas habile à se

(1) Agen, 21 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 2, 168). Comparez Pau, 31 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 2, 249).

marier est habile à faire un contrat de mariage; le mariage contracté sans le consentement des père et mère serait nul, tandis que le contrat de mariage serait valable. Preuve qu'il n'y a pas d'indivisibilité entre les deux conventions.

Nous mentionnerons encore une différence qui résulte de l'article 187 pour citer un excellent arrêt de la cour de cassation. Quand la nullité du mariage est d'ordre public, tous ceux qui y ont intérêt peuvent intenter l'action, sauf que les collatéraux ne peuvent agir que lorsqu'ils y ont un intérêt né et actuel. Cette restriction s'applique-t-elle aussi à l'action en nullité du contrat de mariage? La négative est certaine; la cour de cassation l'a établie dans des termes qui condamnent la doctrine de Troplong: « Le mariage et le contrat de mariage, quoique liés intimement l'un à l'autre, n'étant point des actes du même ordre et de la même importance, ont chacun leurs règles propres et particulières. » De là suit « que les dispositions faites par contrat de mariage peuvent être arguées de nullité, sans que pour cela le mariage, couvert par la protection spéciale de la loi, soit susceptible d'être attaqué par la même personne et dans les mêmes délais ». La cour en conclut « que l'on ne saurait se prévaloir des fins de non-recevoir établies par le code Napoléon contre l'action des collatéraux en nullité du mariage, pour soutenir que ces collatéraux sont non recevables à attaquer les dispositions faites par contrat de mariage (1). »

N° 2. DES INCAPABLES.

18. Un mineur, un interdit, une personne placée sous conseil se marient sans faire de contrat de mariage : sous quel régime seront-ils mariés? Sous le régime de la communauté légale. Les articles 1393 et 1400 le décident ainsi pour tous ceux qui se marient sans contrat; la loi étant générale, il faut l'appliquer à toutes personnes, a celles qui sont incapables aussi bien qu'à celles qui sont

(1) Rejet, chambre civile, 23 décembre 1856 (Dalloz, 1857, 1, 17).

capables. On objecte que la communauté légale qui existe entre époux, à défaut de contrat, résulte de leur volonté tacite, ce qui suppose qu'elles sont capables de vouloir. Logiquement il en devrait être ainsi; conçoit-on que celui qui n'est pas capable de consentir d'une manière expresse soit capable de consentir tacitement? Nous répondons que les principes du code, en matière de contrat de mariage, le veulent ainsi. Ceux qui se marient doivent nécessairement adopter un régime quelconque (n° 2); de là les dispositions des articles 1400 et 1393. Cela est vrai des incapables, comme des personnes capables. D'un autre côté, la loi n'oblige pas les incapables de dresser un contrat de mariage; ils peuvent se marier sans contrat et, par suite, ils sont mariés sous le régime de la communauté que la loi établit à défaut de contrat.

La réponse est légale plutôt que rationnelle. Quand il s'agit d'un mineur, la raison est d'accord avec le droit, en ce sens que les parents qui consentent à son mariage sans contrat consentent par là même à ce qu'il se marie sous le régime de la communauté légale, tel étant le droit commun de tous ceux qui se marient sans faire de contrat; or, la loi donne aux personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage le pouvoir d'habiliter le mineur à consentir toute espèce de conventions matrimoniales; leur consentement tacite doit donc suffire pour valider le régime de communauté légale que le mineur adopte en se mariant sans contrat.

Quant à l'interdit, tout est controversé. Si l'on admet qu'il peut se marier, il faut admettre aussi qu'à défaut de contrat, il est régi par la communauté légale. Il est cependant incapable de faire des contrats d'intérêt pécuniaire, et il pourrait être de son intérêt de stipuler un autre régime que celui de la communauté légale. Il y a anomalie, elle accuse une lacune dans la loi.

Restent les prodigues et les faibles d'esprit. Ils peuvent se marier, ils peuvent aussi contracter, dans certaines limites. La loi les déclare incapables d'aliéner (art. 499 et 513); or, la communauté légale implique une aliénation, puisque les époux abdiquent, au profit de la commu-

nauté, l'usufruit de leurs immeubles et la propriété de leur fortune mobilière. On répond que l'aliénation est plus apparente que réelle, les époux acquérant comme associés ce qu'ils perdent comme propriétaires. Pour le mari, la réponse est bonne; mais la femme peut perdre toute sa fortune mobilière si la communauté est mauvaise. Il y a donc également anomalie, c'est-à-dire lacune dans la loi, imprévoyance du législateur (1). Le code suppose que le régime de communauté sauvegarde et concilie tous les intérêts; cette supposition n'est pas toujours fondée. A notre avis, la communauté d'acquêts aurait mieux valu pour les incapables; il est certain qu'en fait elle forme le droit commun de ceux qui se marient en dressant un contrat de mariage.

19. Les incapables pouvant faire un contrat tacite, en faut-il conclure qu'ils peuvent aussi faire un contrat exprès? Non; le contrat tacite est établi par la loi, et la loi veille ou est censée veiller aux intérêts des époux en stipulant pour eux. Mais si les futurs époux ne veulent pas se soumettre à la communauté légale, s'ils veulent stipuler d'autres clauses ou faire des donations par contrat de mariage, ils tombent sous l'empire du droit commun; contractant, ils doivent être capables de contracter. S'ils sont incapables, la loi doit couvrir leur incapacité par une assistance ou une protection quelconque. C'est ce que les auteurs du code ont fait pour les mineurs, mais ils ont oublié les interdits et les personnes placées sous conseil; de là de grandes difficultés. Nous commençons par les mineurs.

I. *Les mineurs.*

1. SOUS QUELLES CONDITIONS PEUVENT-ILS FAIRE UN CONTRAT DE MARIAGE?

20. On lit dans le discours du tribun Siméon: « Comme il n'y a pas de minorité pour le mariage, il n'y en a pas pour les conventions qui en sont l'accessoire. Il serait

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 33, n° 15 *bis* XIV.

étrange que celui qui dispose de sa personne ne pût pas, dans cette occasion, disposer de ses biens. L'autorisation du tuteur ou des parents, qui consacre son engagement, suffit à plus forte raison pour en affermir les pactes et exclure tout regret et toute restitution (1). » La cour de cassation s'exprime dans le même sens, en disant que la loi considère le mineur comme majeur pour le mariage et pour toutes les conventions dont le mariage est susceptible (2). C'est la traduction de l'article 1398; mais, à notre avis, c'est une mauvaise traduction, car elle fait dire à la loi autre chose que ce qu'elle dit. Pour que le mineur puisse faire un contrat de mariage, il faut une condition qui implique son incapacité, c'est que les conventions et dispositions qu'il fait dans son contrat ne sont valables que s'il a été assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. La cour de cassation reproduit cette condition qui renverse le principe tel qu'elle l'a formulé. Il n'est donc pas vrai que le mineur soit réputé majeur quant aux conventions matrimoniales. Est-ce qu'un majeur a besoin d'une assistance quelconque pour contracter? Le mineur doit être assisté, donc il est incapable, donc il n'est pas majeur. En veut-on une preuve évidente? Les parents d'un mineur consentent par acte authentique à son mariage : le voilà habile à se marier. Est-ce à dire qu'il soit aussi habile à faire un contrat de mariage? Il se présente devant un notaire muni de l'acte portant consentement à son mariage : le notaire pourra-t-il recevoir ses conventions matrimoniales en vertu de l'acte qui habilite le mineur à se marier? Non, certes; le notaire lui opposera la fin de l'article 1398, aux termes duquel le mineur doit être assisté, *dans le contrat de mariage*, des personnes qui ont déjà consenti à son mariage. Il faut donc un double consentement : consentement au mariage, consentement au contrat de mariage, preuve que le mineur est toujours mineur et incapable.

(1) Siméon. *Discours*, n° 16 (Locré. t. VI, p. 461).
(2) Cassation, 22 février 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).

Troplong cite les paroles de Siméon et les prend au pied de la lettre. Il donne de singulières raisons pour justifier le prétendu principe de la capacité du mineur (1) : « Le mariage rend l'homme plus prudent et plus sage. » L'auteur développe cette pensée à sa façon, sans s'apercevoir que la sagesse qui suit le mariage ne prouve pas la sagesse qui précède le mariage. Or, c'est au moment où le mineur contracte qu'il doit être sage et prudent, sinon il se préparera souvent d'amers regrets. Troplong ajoute que la présence et le consentement des parents sauvent tous les inconvénients. Supposons que cela soit : c'est dire que les parents contractent et non le mineur. Il en est malheureusement ainsi du mariage lui-même; est-ce qu'une enfant de quinze ans, de douze ans comprend la gravité de l'union qu'elle contracte? Elle comprend encore moins les stipulations relatives aux biens; elle ne comprend pas même les termes et le langage de l'acte qu'elle signe. En réalité, ce n'est pas elle qui consent, ce sont ses père et mère. Dans l'ancien droit, on sentait ce qu'il y a d'étrange et de dangereux dans un pareil contrat; aussi ne permettait-on pas aux mineurs des stipulations dérogeant à la communauté légale et qui pouvaient leur être dangereuses, ou, si on les permettait, on y apportait des restrictions; ainsi le mineur ne pouvait ameublir ses immeubles que jusqu'à concurrence du tiers. Le code n'a pas admis ces restrictions; il donne au mineur assisté la même capacité qu'au majeur. Cela nous paraît excessif. Nous n'approuvons pas une loi qui permet à des enfants d'engager tout leur avenir en contractant mariage, et nous n'approuvons pas davantage une loi qui leur permet de disposer de tous leurs biens. Ce n'est pas aux parents à consentir, car ce ne sont pas eux qui se marient, c'est aux enfants; donc on devrait exiger des enfants l'âge de raison, c'est-à-dire la majorité. Tout ce que l'on peut dire pour justifier l'article 1398, c'est qu'il est une conséquence logique du principe qui régit le mariage : si le mineur peut se marier à quinze ans, et au besoin à douze, il faut

(1) Troplong, *Contrat de mariage*. t. I. p. 136, n°s 268-271.

aussi lui permettre de faire toute espèce de conventions matrimoniales ; des restrictions pourraient entraver l'union et la faire manquer ; or, le but de la loi est précisément de favoriser le mariage en laissant pleine et entière liberté aux parties intéressées (1).

21. Le code déroge au droit commun en ce qui concerne les conventions matrimoniales des mineurs ; il permet au mineur assisté de ses parents de faire toute espèce de stipulations dans son contrat de mariage, notamment des donations (art. 1398). L'article 1095 contient, à cet égard, la disposition suivante : « Le mineur ne pourra, par contrat de mariage, donner à l'autre époux qu'avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage ; et, avec ce consentement, il pourra donner tout ce que la loi permet à l'époux majeur de donner à l'autre conjoint. » La dérogation est grave, car, en principe, le mineur ne peut donner entre-vifs, ni le tuteur pour lui (art. 903 et 904). Elle s'explique logiquement, comme nous venons de le faire (n° 20) ; mais c'est une étrange anomalie qu'un enfant qui ne peut donner un centime à un étranger ou à un proche parent puisse disposer de toute sa fortune au profit d'un conjoint.

D'après le droit commun, le tuteur représente le mineur dans tous les actes civils (art. 450), tandis qu'aux termes de l'article 1398 le mineur consent les conventions matrimoniales ; c'est lui qui parle au contrat, le tuteur n'y figure pas même pour l'autoriser. On donne comme raison de cette exception que le mineur intervenant personnellement dans le contrat qui se parfait devant l'officier de l'état civil, il était naturel de le faire parler aussi dans le contrat accessoire que le notaire reçoit (2). La raison est faible ; on conçoit que le mineur doive consentir au mariage sans l'intermédiaire de son tuteur ; mais le contrat de mariage, relatif aux biens et aux intérêts pécuniaires du mineur, rentre dans la catégorie des actes que

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 25, n° 15 *bis* I.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 26, n° 15 *bis* I

le tuteur a mission de faire. Il y a une autre raison qui explique la dérogation. Le tuteur ne peut représenter le mineur dans des actes qu'il n'a pas le droit de faire; telles sont les donations, et il n'y a guère de contrat de mariage sans donation.

Telle est aussi la raison pour laquelle le mineur n'est pas assisté par son tuteur dans le contrat de mariage; il l'est par ceux dont le consentement lui est nécessaire pour se marier. L'assistance du tuteur serait une autorisation, et comment le tuteur autoriserait-il le mineur à faire un acte que lui-même n'a pas le droit de faire au nom du mineur? On a dit, et avec raison, que le contrat de mariage est un pacte entre deux familles; il est donc très-naturel que la famille intervienne par l'intermédiaire des plus proches parents du mineur.

22. A quel âge le mineur peut-il faire un contrat de mariage? L'article 1398 exige qu'il soit habile à contracter mariage; or, on sait que l'homme ne peut contracter mariage avant dix-huit ans révolus et la femme avant quinze ans. La loi permet toutefois au chef de l'État d'accorder des dispenses d'âge; les dispenses, en habilitant le mineur à se marier, l'habilitent par cela même à faire un contrat de mariage, bien entendu avec assistance (1).

Faut-il considérer comme mineur, quant au mariage, le fils de famille qui a atteint l'âge de vingt et un ans? Odier dit que cela est évident (2). Il faut trembler de prononcer le mot d'*évidence* en droit. Odier est resté seul de son avis, et l'on peut dire, sans présomption, que son erreur est évidente. L'article 1398, le seul qui parle de la capacité requise pour se marier, dit que le mineur peut faire un contrat de mariage dès qu'il a l'âge de quinze ou de dix-huit ans; la loi ne parle pas du majeur, celui-ci reste donc sous l'empire du droit commun; or, à la majorité, on est capable de tous les actes de la vie civile (art. 489). Cela décide la question, quant au texte et aux

(1) Duranton, t. XIV, p. 13, n° 14. Bastia, 3 février 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 459).

(2) Odier, t. II, p. 15, n° 607. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 26, n° 15 *bis* II.

principes. Invoquera-t-on l'esprit de la loi? L'article 1398 étend la capacité du mineur : peut-on se prévaloir d'une disposition *extensive*, en ce qui regarde la capacité du mineur pour *restreindre* la capacité du majeur? Cela serait absurde.

23. Le mineur, dit l'article 1398, doit être assisté par les personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Qui doit consentir au mariage? Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre qui est le siége de la matière.

Régulièrement les père et mère sont appelés à consentir au mariage et aux conventions matrimoniales; à leur défaut, les aïeuls et aïeules. Ils consentent en leur qualité d'ascendants, donc alors même qu'ils ne seraient pas tuteurs. L'article 1398 ne mentionne pas le tuteur; le tuteur, comme tel, n'a donc pas qualité pour assister le mineur dans son contrat de mariage. Il suit de là d'abord que la mère qui refuse la tutelle peut et doit néanmoins assister le mineur dans son contrat de mariage. Il en est de même du père qui s'excuse et de la mère survivante que le conseil ne maintient pas dans la tutelle, ou que la loi en déclare déchue (1). Lors même que l'ascendant serait destitué de la tutelle, il n'en aurait pas moins le droit et le devoir d'assister l'enfant mineur. C'est une anomalie, comme on en trouve tant en cette matière.

Le principe conduit à d'autres conséquences. Aux termes de l'article 420, le tuteur ne peut représenter le mineur lorsqu'il y a opposition d'intérêts entre lui et son pupille; c'est le subrogé tuteur qui le remplace. On demande si l'ascendant dont les intérêts sont en conflit avec ceux du mineur peut l'assister dans son contrat de mariage. L'affirmative a été jugée par la cour de cassation et elle n'est pas douteuse (2). Il faut écarter l'article 420, puisque l'ascendant, en supposant qu'il soit tuteur, n'intervient pas comme tel. Reste l'article 1398 qui ne fait pas d'exception au pouvoir de l'ascendant, et l'interprète

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 242, note 19, § 502 (4e éd.).
(2) Cassation, 22 février 1869 (Dalloz, 1869, 1. 179).

ne peut pas créer d'exception. C'est une nouvelle anomalie : quand l'ascendant est placé entre son intérêt et son devoir, son intervention est une garantie insuffisante pour le mineur, elle peut constituer un danger. La cour de cassation cherche à justifier la loi en disant que si l'ascendant, malgré l'opposition d'intérêt qui existe entre lui et le mineur, peut l'autoriser à se marier, c'est-à-dire à faire l'acte le plus important de la vie et qui engage au plus haut degré les intérêts de toute sorte du mineur, il présente au moins les mêmes garanties pour l'habiliter à faire des conventions matrimoniales. Sans doute, la loi doit se reposer sur l'affection de l'ascendant; toutefois lorsqu'il est tuteur, la loi ne veut pas le placer entre son devoir et son intérêt, et elle a raison. Pourquoi aurait-elle plus de confiance dans l'ascendant quand il est appelé à assister le mineur dans son contrat de mariage?

Il va sans dire que l'article 1398 cesserait d'être applicable, si les conventions portées au contrat de mariage étaient étrangères à l'association conjugale. L'ascendant, comme tel, n'aurait aucune qualité pour y consentir; la disposition de l'article 1398 est exceptionnelle, donc de stricte interprétation. En dehors des conventions matrimoniales, on rentre dans le droit commun, et, par conséquent, le mineur doit être représenté par son tuteur; s'il y a opposition d'intérêts entre l'ascendant tuteur et le mineur, on applique l'article 420. La cour de cassation a fait l'application de ce principe à un contrat de mariage par lequel un père instituait sa fille héritière universelle de tous ses biens, avec la charge de lui servir une rente annuelle de 20,000 francs et d'acquitter les dettes du donateur montant à 850,000 francs. L'institution contractuelle est essentiellement une convention, puisqu'elle ne peut être faite que par contrat de mariage. Mais, dans l'espèce, la cour d'appel avait jugé que la prétendue donation n'était une libéralité que dans la forme; qu'en réalité, c'était un contrat aléatoire par lequel la fille mineure se chargeait à forfait, à ses risques et périls, de liquider la situation obérée de son père, opération qui impliquait une énorme lésion, à son préjudice. Ce n'était donc pas une donation,

ni une convention matrimoniale, partant l'article 1398 n'était pas applicable (1).

24. L'article 1398 veut que le mineur soit *assisté dans le contrat*. Qu'entend-on par assistance? C'est plus que consentement; celui qui assiste dans un contrat consent en présence des parties et au moment où le contrat est dressé. Nous disons que l'assistance est plus que le consentement; la loi elle-même le dit; l'article 1095, qui contient une disposition identique avec celle de l'art. 1398, exige le *consentement et l'assistance,* donc un consentement que l'on donne en assistant. Cela implique la présence. L'article 1398 contient une expression également significative qui présente le même sens : les personnes dont le consentement est requis pour la validité du mariage doivent assister le mineur *dans le contrat* contenant les conventions matrimoniales. Peut-on dire de celui qui n'est pas présent qu'il *assiste dans le contrat?* Non, donc le consentement donné par acte ne suffirait point. Cela est aussi fondé en raison. Quand il s'agit du mariage célébré devant l'officier de l'état civil, le consentement peut se donner par acte authentique (art. 74), parce qu'il consiste à dire oui; il n'y a plus aucune délibération, aucun débat. Il n'en est pas de même des conventions matrimoniales; elles se discutent dans l'étude du notaire, par l'excellente raison que le notaire a pour mission d'éclairer les parties sur les conventions qu'elles se proposent de faire; dès lors il importe que ceux qui doivent *assister* le mineur soient présents; ils profiteront des lumières de la discussion et eux-mêmes ont besoin d'être éclairés, car il faut être jurisconsulte et jurisconsulte consommé pour comprendre la portée et les effets des conventions matrimoniales (2).

L'interprétation que nous donnons au mot *assistance* n'est pas admise par tout le monde. Un de nos bons auteurs, M. Colmet de Santerre, dit que cette expression comprend l'aide, le secours, l'approbation, ce qui n'implique pas nécessairement la présence; on peut aider par

(1) Même arrêt et Rejet, chambre civile, 10 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 475).

(2) Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 28, nº 42.

des conseils écrits aussi bien que par des conseils oraux. Il est logique, dit-on, que la loi, qui admet l'autorisation par écrit en matière de mariage, ne soit pas plus exigeante quand il s'agit du contrat accessoire (1). La logique est trompeuse, dans l'espèce, parce que le contrat accessoire, relatif aux biens, diffère essentiellement du contrat principal concernant les personnes; le premier exige une délibération, tandis que l'autre se fait quand la décision est prise, il ne demande qu'un simple *oüi*.

On admet généralement qu'il y a assistance suffisante lorsque les personnes appelées à assister le mineur donnent leur consentement dans un acte authentique portant en détail les conventions et dispositions auxquelles elles entendent accorder leur adhésion (2). Il est vrai qu'un acte pareil est plus qu'un simple consentement; l'acte suppose une délibération, donc une aide, un secours, et en ce sens assistance. Mais cette délibération qui se fait hors de la présence de l'officier public, sans contradiction de la partie adverse, ne présente pas au mineur l'avantage d'un débat contradictoire, donc le but de la loi n'est pas atteint; on ne peut pas dire que le mineur soit assisté *dans le contrat*. Il y a une autre objection contre cette interprétation, c'est qu'elle n'est pas en harmonie avec le texte du code. On répond que l'application littérale de la loi entraînerait des difficultés presque insurmontables, quand c'est le conseil de famille qui doit assister le mineur. Conçoit-on que le conseil de famille, présidé par le juge de paix, délibère en présence du notaire et des parties contractantes (3)? La difficulté est réelle, mais dire qu'elle est *presque* insurmontable, c'est avouer qu'on peut la surmonter, c'est-à-dire que la loi entendue dans son sens littéral est praticable; dès lors il n'y a plus de raison pour s'écarter du texte.

25. Dans l'opinion générale, il se présente de nouvelles

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 27, n° 15 *bis* III.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 244, et note 28, et les autorités qui y sont citées.
(3) Aubry et Rau, t. V. p. 224. note 29. Colmet de Santerre, t. VI, p. 28, n° 15 *bis* IV.

difficultés. Comment l'ascendant ou le conseil de famille formuleront-ils leur consentement? Peuvent-ils se faire représenter par un mandataire? On l'a soutenu, mais cette opinion n'a pas trouvé faveur (1). Sans doute, on peut, en général, faire par un mandataire ce que l'on peut faire personnellement. Mais ce principe n'est plus applicable quand il s'agit de l'exercice d'un pouvoir; le pouvoir ne se délègue point. Or, la loi donne un pouvoir aux ascendants et à la famille, à raison du lien d'affection qui les unit au mineur; l'affection et le lien du sang ne se transportent pas par voie de procuration : concevrait-on que le père donnât mandat de consentir au mariage de son enfant? Il peut consentir par acte, mais c'est lui qui consent, il ne délègue pas son pouvoir. Il y a même raison de décider pour ce qui regarde les conventions matrimoniales. Si donc on veut se contenter d'un consentement par écrit, il faut que cet acte soit rédigé de façon à donner au mineur la même garantie que l'assistance personnelle, en tant que cela est possible. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à dire que l'acte doit contenir une approbation détaillée des conventions matrimoniales que le mineur est autorisé à consentir. Si, par suite des débats devant le notaire, les parties modifiaient le projet tel qu'il a été approuvé par l'ascendant ou par le conseil de famille, il faudrait un nouveau consentement et, par suite, une nouvelle délibération du conseil de famille.

26. La jurisprudence est en ce sens et elle se montre très-sévère, en ce qui concerne l'assistance des conseils de famille. Une fille mineure, âgée de dix-sept ans, fait un contrat de mariage par lequel le survivant des époux, en cas de mort sans enfants, était donataire de l'usufruit des biens du prédécédé; or, le mari ne faisait qu'un apport de 2,000 francs, tandis que la femme possédait plusieurs immeubles. La mineure était assistée de trois délégués du conseil de famille chargés par délibération de l'autoriser dans les actes civils qui devaient précéder le

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 29, n° 42. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p 244 et note 29.

mariage. La femme mourut cinq mois après la célébration du mariage; ses héritiers attaquèrent la donation; la cour de Douai en prononça l'annulation par le motif que le conseil de famille n'avait pas approuvé la donation, dont il n'avait pas même connaissance. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet; la cour invoque les circonstances de la cause que nous venons de rapporter et elle en conclut que les membres du conseil délégués n'avaient pas reçu pouvoir d'autoriser la donation et n'avaient pu valablement représenter, à cet effet, le conseil de famille; la donation était donc nulle comme faite par une personne incapable (1).

Un conseil de famille nomme un de ses membres afin de le représenter au contrat de mariage d'une fille mineure et de stipuler toutes les clauses qui lui paraîtraient favorables aux intérêts de la future. Le contrat contenait donation de l'usufruit des biens du prémourant; les premiers juges la maintinrent par le motif que l'assistance du conseil était régulière, la loi n'exigeant pas que la délibération spécifie toutes les clauses du contrat. Pourvoi en cassation. La cour pose en principe que la loi n'exige pas que l'assistance du conseil de famille se manifeste par une intervention personnelle de tous les membres du conseil à la rédaction du contrat; qu'il peut donc s'y faire représenter par un délégué. Mais, dit la cour, le but de protection que s'est proposé le législateur serait manqué si les conventions matrimoniales consenties par le mineur n'avaient été soumises au conseil de famille et approuvées par lui dans des termes formels. Or, dans l'espèce, le conseil de famille avait donné un pouvoir général à son délégué; on ne voit pas par sa délibération qu'il ait eu connaissance des stipulations du régime conventionnel adopté par les époux, ni de la donation mutuelle consentie par le mineure. La cour en conclut que la mineure n'avait pas été assistée par le conseil de famille, et que, par suite, toutes les conventions matrimoniales étaient nulles (1). C'est un

(1) Rejet, chambre civile, 19 mars 1838 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 408).

arrêt de principes, et il est d'autant plus remarquable que la cour d'appel avait jugé en fait que le contrat de mariage, loin de léser la mineure dans les éventualités à prévoir, lui était favorable (1).

La jurisprudence est fixée en ce sens. Il a été jugé qu'un contrat de mariage stipulant le régime dotal avec communauté d'acquêts était nul pour défaut d'assistance. Le contrat était dressé dans un pays de droit écrit où le régime dotal forme encore de fait le droit commun ; ce régime y est considéré comme éminemment protecteur des intérêts de la femme. Néanmoins le contrat a été annulé, parce que le conseil de famille s'y était fait représenter par un délégué muni d'un pouvoir général, sans avoir pris connaissance des stipulations du contrat et sans les avoir approuvées. La cour de Limoges a décidé formellement qu'il n'appartient pas au conseil de déléguer le pouvoir que la loi lui donne (2).

27. Quelles conventions le mineur assisté peut-il faire? L'article 1398 répond que le mineur habile à contracter mariage est habile à consentir *toutes les conventions dont ce contrat est susceptible.* L'article 1309 est conçu dans le même sens ; il porte que le mineur n'est point restituable contre les *conventions portées en son contrat de mariage,* lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement est requis pour la validité de son mariage. Enfin, l'article 1095 permet au mineur assisté de donner par contrat de mariage tout ce qu'un époux majeur peut donner à son conjoint. Sous ce rapport, on peut dire que le mineur est considéré comme majeur. Le code civil apportait une exception à la capacité générale du mineur. Aux termes de l'article 2140, les futurs époux pouvaient, par contrat de mariage, convenir qu'il ne serait pris d'inscription pour l'hypothèque légale de la femme que sur un ou certains immeubles du mari, ce qui affranchissait les autres immeubles ; mais la loi exige formellement que les parties soient majeures, de

(1) Cassation. 15 novembre 1858 (Dalloz, 1858, 1, 439).
(2) Limoges, 17 avril 1869 (Dalloz, 1871, 2, 167).

sorte que la femme mineure ne pouvait consentir à la réduction de son hypothèque légale (1). La loi hypothécaire belge a replacé les femmes et les mineurs sous l'empire du droit commun ; non-seulement elle permet de spécialiser l'hypothèque légale de la femme en la restreignant aux immeubles nécessaires pour garantir ses intérêts, mais elle le prescrit, toute hypothèque étant soumise au principe de spécialité (art. 64). Nous renvoyons les détails au titre qui est le siége de la matière.

28. L'application du principe fait naître quelques difficultés. Une femme mineure se marie sous le régime dotal : peut-elle déclarer ses immeubles dotaux aliénables? Oui, et sans doute aucun ; les textes décident la question. Aux termes de l'article 1557, l'immeuble dotal peut être aliéné lorsque l'aliénation en a été permise par le contrat de mariage ; et l'article 1398 pose comme règle que la femme mineure assistée est habile à consentir toutes les conventions matrimoniales ; les articles 1309 et 1095 l'assimilent à un majeur. Cela est décisif. Cette règle est sans exception (n° 27) ; on n'en pourrait admettre que si l'inaliénabilité de la dot était d'ordre public. Jadis on la considérait comme telle dans quelques pays de droit écrit. Tel n'est pas l'esprit du code ; l'inaliénabilité est contraire à l'intérêt général, donc contraire à l'ordre public ; la loi la voit avec défaveur, elle ne l'admet qu'en faveur du mariage et comme conséquence de la liberté illimitée qu'elle reconnaît aux futurs époux de faire telles stipulations qu'ils jugent convenables ; l'inaliénabilité n'est donc plus qu'une garantie, à laquelle la femme peut renoncer. Loin que cette renonciation soit vue avec défaveur, la loi la favorise, parce que c'est un retour au droit commun. La doctrine (2) et la jurisprudence (3) sont en ce sens.

Quand le contrat de mariage d'une femme mineure déclare un immeuble dotal aliénable, l'aliénation pourra-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 243, et note 24, § 502 (4e éd.).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 243 et note 25, et les autorités qui y sont citées.
(3) Agen, 10 juillet 1811 et 25 avril 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 445); Rejet, 7 novembre 1826 (*ibid.*, n° 446).

t-elle se faire sans l'observation des formes prescrites pour la vente des biens des mineurs? On distingue : la simple stipulation que tels biens dotaux pourront être aliénés n'a pas pour effet de dispenser le mari de l'observation des formes légales, elle replace les biens dans le droit commun ; or, le droit commun pour les biens possédés par des mineurs assujettit la vente à des formalités que la loi a jugées nécessaires pour sauvegarder les intérêts des incapables. Sur ce point, il n'y a aucun doute (1); la femme a deux garanties : l'inaliénabilité et les formes protectrices en cas d'aliénation ; si elle renonce à la garantie de l'inaliénabilité, elle ne renonce pas par là à l'autre garantie. La difficulté est de savoir si elle peut y renoncer en donnant à son mari le pouvoir de vendre sans observer les formalités légales ; sur ce point, il y a quelque doute. On peut dire que ces formes sont d'ordre public, puisqu'elles sont établies à raison de l'incapacité des mineurs ; et l'incapable peut-il renoncer à une protection que la loi lui accorde à raison de son incapacité? Il nous semble qu'il faut dire des formes protectrices établies pour la vente ce que nous disons de l'hypothèque légale : le conseil de famille appelé à la spécialiser ne peut y renoncer, la femme mineure qui se marie ne peut renoncer à l'hypothèque que la loi lui accorde pour ses droits qui naissent pendant le mariage, ni aux droits qui naissent lors du mariage, dans notre opinion, sauf les repises éventuelles. L'article 6 frappe de nullité toute renonciation à un droit qui est d'ordre public On objecte que la femme mineure assistée est réputée majeure. Oui, pour les conventions matrimoniales ; mais les formes prescrites pour l'aliénation des biens d'un mineur n'ont rien de commun avec les clauses du contrat de mariage (2).

29. L'article 1398 déclare le mineur assisté habile à consentir les conventions matrimoniales ; c'est une excep-

(1) Grenoble, 16 décembre 1848 (Dalloz, 1849, 2, 189). Comparez Rejet, 7 novembre 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 446) qui paraît contraire, mais c'est seulement une opinion énoncée dans un considérant.

(2) En sens contraire. Aubry et Rau. t. V, p. 243, note 26, et les autorités qui y sont citées

tion au droit commun et, à ce titre, elle est de rigoureuse interprétation. Tel est aussi l'esprit de la loi : elle veut favoriser le mariage en favorisant les conventions relatives au mariage. Les conventions étrangères au mariage restent sous l'empire du droit commun, c'est-à-dire que le mineur est incapable de les consentir, et il ne pourrait s'affranchir de cette incapacité en insérant ces conventions dans son contrat de mariage; ce serait éluder et, par conséquent, violer une loi d'ordre public (1).

Une femme mineure donne par contrat de mariage, assistée de son père, procuration à son mari pour procéder seul et sans l'observation des formes prescrites aux mineurs, au partage définitif d'une succession à elle échue. La cour de Bordeaux a jugé que ce partage était provisionnel en vertu du droit commun (art. 840). « Si, dit l'arrêt, le mineur assisté est habile à consentir toutes les conventions dont le contrat de mariage est susceptible, ce principe n'est applicable qu'aux conventions qui ont trait au mariage, et ne peut être étendu aux actes pour lesquels le mineur est soumis à des formes spéciales déterminées par la loi (2). »

La femme mineure et assistée vend, par contrat de mariage, ses droits successifs à un tiers. Il a été jugé que cette vente est nulle; les articles 1309 et 1398, dit la cour, ne sont applicables qu'aux conventions matrimoniales proprement dites; on ne peut les étendre à celles que l'époux mineur passe avec des tiers, en les faisant consigner dans le contrat de mariage (3).

Comment peut-on distinguer les conventions matrimoniales des conventions étrangères au mariage? La cour de Limoges pose en principe que les articles 1309 et 1398 ne s'appliquent qu'aux conventions qui établissent le pacte matrimonial proprement dit, et qui, par conséquent, sont de l'essence du contrat de mariage; on ne doit point réputer conventions matrimoniales celles qui peuvent se détacher du contrat de mariage et constituer des contrats dis-

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 27, n° 39.
(2) Bordeaux, 25 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 453).
(3) Bordeaux, 1er février 1826 (Dalloz, *ibid.*, n° 454).

tincts. Dans l'espèce, la femme mineure avait confirmé l'aliénation que sa mère avait faite de ses droits successifs en se portant fort pour elle; la cour de Limoges dit avec raison que la femme mineure ne peut pas plus confirmer une vente pareille que la consentir (1).

Que faut-il décider si la femme mineure qui confirme une vente irrégulière se constitue le prix en dot? La jurisprudence admet la validité de cet acte (2). La constitution de dot, dit la cour de cassation, est essentiellement une convention matrimoniale. Sans doute; mais, dans l'espèce, il n'y a pas seulement une constitution de dot, il y a encore une confirmation; or, l'acte confirmatif d'une vente nulle n'est pas une convention relative au mariage, pas plus que ne le serait un emprunt que le constituant ferait; autre chose est la dot, autre chose est le contrat moyennant lequel on acquiert les deniers avec lesquels la dot est constituée.

Il résulte de cette distinction une conséquence très-importante. L'article 1309 porte que le mineur assisté n'est point restituable contre les conventions portées en son contrat de mariage; il faut entendre par là les conventions qui ont trait au mariage; si elles y sont étrangères, le mineur peut réclamer le bénéfice du droit commun et demander à être restitué dans les cas où la loi lui permet d'agir en rescision pour cause de lésion. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans le cas d'une prétendue donation que le juge du fait avait déclaré n'être qu'un contrat aléatoire essentiellement lésionnaire pour le mineur (3).

2. DE LA NULLITÉ DES CONVENTIONS MATRIMONIALES CONSENTIES PAR UN MINEUR.

30. Si l'une des conditions requises pour la validité du contrat de mariage d'un mineur n'est pas remplie, le contrat est nul. C'est l'application du droit commun : quand

(1) Limoges, 29 janvier 1862 (Dalloz, 1862, 2, 40). Comparez Grenoble, 5 avril 1859 (Dalloz, 1862, 2, 39).
(2) Grenoble, 10 juillet 1860 (Dalloz, 1862, 2, 41). Rejet, chambre civile, 23 février 1869 (Dalloz, 1869, 1, 179).
(3) Rejet, chambre civile, 10 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 475)

la loi prescrit des conditions et des formes dans l'intérêt d'un incapable, l'inobservation de la loi entraîne la nullité de l'acte. Le principe n'est pas contesté, mais, dans l'application, il se présente bien des difficultés qui donnent lieu à controverse.

31. Un mineur fait un contrat de mariage à un âge où il n'est pas habile à contracter mariage; il se marie après avoir atteint sa majorité. Le contrat sera-t-il nul? Il ne peut guère y avoir de doute quant à la nullité du contrat, puisque le mineur était incapable de le faire (1); mais on prétend que la nullité est couverte par le mariage célébré par le mineur après qu'il a atteint l'âge de la capacité légale (2). Cela est douteux. Il est vrai que le contrat de mariage est exécuté après la célébration du mariage, mais on ne peut pas dire que la célébration soit un acte d'exécution; la célébration fait seulement que le contrat de mariage existe, l'effet et l'exécution suivent. La question doit donc être posée en d'autres termes: le contrat de mariage irrégulier peut-il être confirmé pendant le mariage? A notre avis, non; la question est générale; nous y reviendrons en traitant de la confirmation du contrat de mariage.

Il en est de même quand le mineur a fait un contrat de mariage avant d'avoir atteint l'âge de quinze ou de dix-huit ans, et qu'il se marie avant cet âge avec une dispense. Y a-t-il nullité du contrat? Oui; les uns disent parce que le mineur n'était pas habile à contracter mariage; nous disons parce que le mineur était incapable de contracter. Y a-t-il confirmation? Non, car le contrat de mariage ne peut pas être confirmé pendant le mariage, et la célébration n'est pas une confirmation (3).

Il n'y a pas à distinguer, dans ces deux hypothèses, si le mineur a consenti les conventions matrimoniales avec ou sans assistance. L'assistance n'empêcherait pas le contrat de mariage d'être nul; car l'assistance ne valide les conventions matrimoniales que lorsque le mineur est habile à se marier, et la capacité de se marier dépend de la loi;

(1) Duranton, t. XIV, p. 13, nº 14, 1º.
(2) Marcadé, t. V, p. 434, nº II de l'article 1398.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 242 et note 20, § 502 (4ᵉ éd.).

l'assistance ne peut pas rendre capable celui que la loi déclare incapable.

32. Il y a une hypothèse plus difficile. Le contrat de mariage du mineur et son mariage sont viciés par la même cause, défaut d'âge ou défaut d'assistance. La nullité du mariage est couverte; on sait que la nullité fondée sur l'absence de consentement ou sur l'impuberté peut se couvrir (art. 183 et 185). Si le mariage est validé, ne doit-on pas admettre que le contrat de mariage l'est également, alors que c'est un seul et même vice qui entache les deux actes? La doctrine, sauf le dissentiment de Troplong et de Marcadé, et la jurisprudence se sont prononcées pour la négative. Il suffit de citer un excellent arrêt de la cour de Riom qui tranche la question (1). Elle touche au principe de l'indivisibilité du mariage et des conventions matrimoniales (n° 16). Nous avons repoussé ce prétendu principe. La cour de Riom commence par établir que les deux conventions sont distinctes; quoique corrélatives, elles s'établissent et sont régies par des règles qui leur sont propres; l'arrêt invoque les articles 201, 1387, 1388, 1389 et 1390. Il en résulte que les conventions matrimoniales peuvent avoir effet malgré l'annulation du mariage; ainsi l'accessoire subsiste alors que le principal est annulé, preuve certaine que les deux contrats ont une nature différente. D'autre part, la loi laisse subsister le mariage en annulant le contrat. La cour en conclut que la confirmation ou la fin de non-recevoir qui couvre la nullité du mariage ne couvre pas nécessairement la nullité des conventions qui s'y réfèrent. Cela est aussi fondé en raison. Comme le dit très-bien la cour de Riom, les motifs d'ordre naturel et d'ordre public qui mettent le mariage à l'abri de toute attaque n'ont rien de commun avec le contrat de mariage; les conventions matrimoniales ne sont pas d'ordre public, puisque la loi les abandonne à la liberté illimitée des parties intéressées. Qu'arrive-t-il quand le mariage est maintenu et que les conventions matrimo-

(1) Riom, 23 juin 1853 (Dalloz, 1855, 2, 321), et Rejet, 13 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 334). Aubry et Rau, t. V, p. 232, notes 10 et 11, et les autorités qui y sont citées.

niales sont annulées? Les époux seront mariés sous le régime de la communauté légale. Il n'y a là rien de contraire à l'intérêt de la société, puisque la communauté est considérée par la loi comme le régime qui concilie le mieux les droits et les intérêts des parties.

Troplong combat vivement l'opinion générale; il invoque la tradition et il semble reprocher aux auteurs modernes de l'avoir ignorée. La tradition se borne à l'opinion de Lebrun, lequel ne dit rien pour la motiver (1). C'est donc une simple affirmation que Troplong oppose aux principes et aux textes. Il y ajoute d'autres affirmations qui n'ont pas plus de valeur. Nous en citerons quelques-unes afin que l'on ne nous accuse pas de témérité ou de dédain si nous négligeons de réfuter les nombreuses erreurs d'un auteur qui jouit d'une grande considération en France, tandis qu'en Belgique on le cite à peine. La stabilité donnée au mariage, dit-il, s'étend aux conventions qui l'ont précédé et qui en ont été la condition. *Il ne saurait y avoir deux lois différentes* pour deux choses si intimement liées et souffrant du même vice. » *Il ne saurait y avoir!* La cour de Riom répond au président de la cour de cassation qu'*il y a deux lois différentes* pour deux choses qui, quoique corrélatives, sont d'une nature toute différente; et elle le prouve en citant les textes du code. Troplong répète son prétendu principe de mille façons différentes. « Ce qui est apte à rendre valide l'union des personnes est également apte à consolider le pacte relatif à leurs intérêts... Autant vaut séparer les époux que de les laisser en proie à la discorde... Le mineur qui ratifie son mariage s'est complu dans son union, il y a persisté; il a donc aussi persisté dans les pactes qui en ont été la préparation... L'amitié qui a fait maintenir le mariage fait maintenir les conventions sous l'influence desquelles le mariage a été fait... L'époux a gardé le mariage par affection pour l'autre époux; cette affection fait supposer également qu'il a voulu maintenir les pactes qui en découlaient (2). » C'est toujours le même thème; les variations

(1) Lebrun, *De la communauté*, p. 38, livre I[er], ch. IV, n° 32.
(2) Troplong, t. I. p. 85. n[os] 96-98.

que l'auteur accumule ne lui donnent pas une autorité plus grande.

33. La doctrine de Troplong est encore en opposition avec un principe que lui-même admet, c'est que la nullité des conventions matrimoniales ne peut pas se couvrir par une confirmation faite pendant le mariage. C'est une règle générale; la cour de Riom l'établit très-bien dans l'arrêt que nous venons de citer. Celui qui ne peut pas consentir ne peut pas confirmer; or, pendant le mariage, les époux ne peuvent pas consentir des conventions matrimoniales, donc ils ne peuvent les confirmer ni expressément ni tacitement. Si les époux ont fait des conventions, elles doivent rester telles qu'elles ont été arrêtées avant le mariage; car, après la célébration du mariage, les conventions matrimoniales ne peuvent plus recevoir de changement, et ce serait les changer que de déclarer valables des conventions qui étaient nulles (1). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (2).

Il a été jugé que le conseil de famille ne pouvait pas même confirmer le contrat de mariage par une délibération prise avant la célébration de l'union conjugale. Dans l'espèce, la mineure avait fait son contrat du consentement d'un cousin, sans qu'une délibération eût chargé son parent de représenter le conseil. Le même jour, mais à une heure plus avancée, il y eut une délibération du conseil de famille qui autorisa le mariage à charge par la future de se constituer en dot, sous le régime dotal, tous ses biens présents et à venir, avec pouvoir d'aliéner moyennant remploi. Un créancier ayant saisi un des immeubles constitués en dot, la femme opposa la dotalité; le saisissant répondit que le contrat de mariage était nul comme ayant été fait par une mineure sans assistance. Il s'agissait de savoir si la délibération postérieure au contrat mais antérieure à la célébration pouvait valoir à titre de confirmation. Le tribunal de première instance annula le contrat de mariage par une raison décisive : les conventions matrimoniales sont immuables à partir du jour où elles

(1) Riom, 23 juin 1853 (Dalloz, 1855,2, 321).
(2) Troplong, t. I, p. 141, n° 288, et tous les auteurs.

ont été arrêtées ; on peut, à la vérité, les modifier avant la célébration du mariage, mais ces modifications ne peuvent se faire que dans les formes et sous les conditions déterminées par la loi (art. 1396 et 1397); une simple délibération du conseil ne suffisait donc pas. En appel, la décision fut réformée; la cour de Nîmes considéra la délibération du conseil de famille comme une confirmation du contrat de mariage. Pourvoi en cassation. La cour cassa l'arrêt par le motif que le contrat de mariage était nul, que la nullité était absolue, qu'il en résultait que les époux étaient mariés non sous le régime dotal qu'ils avaient adopté, mais sous le régime de la communauté; ce régime ne pouvait être modifié et remplacé par le régime dotal que par une contre-lettre rédigée conformément aux articles 1396 et 1397 (1). La doctrine est d'accord avec la jurisprudence (2).

La confirmation n'est autre chose qu'une renonciation à l'action en nullité qui appartient aux parties intéressées. Or, il n'y a que les parties contractantes qui aient le droit d'agir en nullité et les tiers, comme nous allons le dire. Le conseil de famille, comme tel, est sans qualité. Pendant le mariage, les époux ne peuvent pas confirmer. Le peuvent-ils après la dissolution du mariage? Ils le peuvent en ce sens qu'il leur est permis de régler leurs intérêts pécuniaires comme ils l'entendent. Il va de soi que leur renonciation à se prévaloir de la nullité n'empêcherait pas les tiers intéressés de l'invoquer : les époux sont libres de renoncer à leurs droits, il ne leur est pas permis de renoncer aux droits des tiers.

34. Nous qualifions d'action en nullité l'action qui appartient aux époux. La question est controversée et il y a quelque doute. Il s'agit de mineurs. Ils ont l'action en nullité lorsque l'acte est nul en la forme, c'est-à-dire lorsque la loi prescrit des formes spéciales à raison de l'incapacité des mineurs et de l'importance de l'acte qu'ils veulent passer. Ils ont l'action en rescision pour attaquer les actes de simple administration qu'un tuteur peut faire sans

(1) Cassation, 20 juillet 1859 (Dalloz, 1859, 1, 279).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 247 note 35. § 502 (4e éd.).

autorisation et sans aucune forme. Les mineurs qui agissent en rescision doivent prouver qu'ils ont été lésés, tandis que l'action en nullité est admise par cela seul que la loi a été violée (1). Si l'on s'en tient à ces principes, la question n'est pas douteuse. L'assistance des personnes qui doivent consentir au mariage du mineur remplace l'intervention du tuteur, l'autorisation du conseil de famille et l'homologation du tribunal, s'il y a lieu; c'est donc une forme et, par suite, l'acte fait sans cette assistance est nul en la forme, donc il y a lieu à l'action en nullité. Quant au défaut d'âge, c'est une cause d'incapacité, et l'incapacité entraîne la nullité de l'acte fait par l'incapable (articles 1125 et 1398).

Quel est donc le motif de douter? Il se trouve dans l'article 1309 qui porte : « Le mineur n'est point *restituable* contre les conventions portées en son contrat de mariage, lorsqu'elles ont été faites avec le consentement et l'assistance de ceux dont le consentement était requis pour la validité de son mariage. » Le mot *restituable* a un sens technique; il indique les actes sujets à restitution, comme le dit l'article 1311, et on entend par là les actes dont le mineur peut demander la rescision pour cause de lésion. D'après le texte, il faudrait donc dire que le contrat de mariage du mineur non assisté peut être attaqué par l'action en rescision, ce qui obligerait le mineur à prouver qu'il a été lésé. C'est cet argument de texte qui paraît avoir entraîné de bons auteurs (2). A notre avis, l'article 1309 ne peut pas avoir le sens qu'on lui donne; car, ainsi entendu, il serait en opposition avec l'article 1311. Le contrat de mariage fait par un mineur non assisté est un acte nul en la forme, et non un acte sujet à restitution; nous venons de le prouver; par conséquent il donne lieu, non à une action en rescision, mais à une action en nullité. On doit donc prendre le mot *restituable*, dans l'article 1309, comme synonyme d'attaquable. En d'autres termes, la loi dit seulement que le mineur peut attaquer son contrat de

(1) Voyez le t. XVI de mes *Principes*, p. 59, nos 45-55.
(2) Rodière et Pont, t. I, p. 30, no 43. Colmet de Santerre, t. VI, p 29, no 15 *bis* V.

mariage quand il n'a pas été assisté, elle ne dit pas que le mineur non assisté ne peut attaquer l'acte que s'il a été lésé. Cette interprétation est aussi fondée en raison. Dès que le mineur n'a pas joui de la protection que la loi a voulu lui assurer, il doit avoir le droit d'attaquer l'acte, il est réellement lésé par cela seul qu'il n'a pas été assisté; donc il doit suffire qu'il prouve le défaut d'assistance. La cour de cassation l'a jugé ainsi, mais sans répondre à l'objection de texte et en invoquant uniquement l'importance du contrat de mariage, pour la validité duquel la loi exige des formalités spéciales en cas de minorité du futur conjoint (1).

35. L'action en nullité est-elle relative dans le sens de l'article 1325? Aux termes de cet article, la nullité des engagements consentis par le mineur est relative en ce sens que les personnes capables de s'engager ne peuvent opposer l'incapacité du mineur avec qui elles ont contracté. Il est certain que le contrat de mariage fait par le mineur sans assistance tombe sous l'application de l'article 1125, car c'est pour cause d'incapacité qu'il est attaqué; donc l'époux mineur peut seul invoquer la nullité, l'époux majeur et capable ne peut pas se prévaloir de l'incapacité de son conjoint. Telle est l'opinion générale, et elle n'est pas douteuse (2).

On demande si un tiers, créancier des deux époux, peut se prévaloir de la nullité du contrat de mariage fondée sur la minorité de l'un des conjoints. S'il est créancier de l'époux mineur, il n'y a aucun doute, il agira en vertu de l'article 1166 en exerçant l'action qui appartient à son débiteur. Le créancier de l'autre conjoint a-t-il le même droit? Si on lui oppose le contrat de mariage, il peut le repousser en se fondant sur l'incapacité de l'une des parties contractantes. C'est le droit commun. Le contrat de mariage n'intéresse pas seulement les époux, il intéresse aussi les tiers, puisqu'il peut leur être opposé; mais pour qu'il puisse leur être opposé, il faut qu'il soit valable, et

(1) Rejet, chambre civile, 13 juillet 1857 (Dalloz, 1857, 1, 334).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 245 et note 30 et les autorités qui y sont citées.

il ne l'est pas quand l'un des conjoints mineurs n'a pas été assisté. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens après quelque hésitation. Il avait été jugé que l'époux seul peut se prévaloir de la nullité (1); c'est dépasser l'article 1125, qui dit seulement que la partie capable ne peut opposer l'incapacité de celui avec qui elle a contracté. Quant aux tiers, la question dépend du caractère de la nullité; or, la nullité d'un contrat, qui peut être opposée aux tiers, intéresse les tiers. La cour de cassation a jugé en ce sens, mais dans des termes trop absolus; elle dit que la nullité résultant de l'inobservation de l'article 1398 peut être proposée par *toute personne,* ce qui semble ouvrir l'action même à l'époux capable, par dérogation à l'article 1125; mais cette dérogation ne pourrait être admise qu'en vertu d'un texte formel, et de texte il n'y en a pas. Les motifs sur lesquels la jurisprudence se fonde laissent aussi à désirer. La cour de cassation semble considérer le droit des tiers d'agir en nullité comme une exception à l'article 1125; en réalité, cette disposition est hors de cause, puisqu'elle ne concerne que les parties contractantes. Et si c'était une exception, il faudrait la rejeter, car il n'y a pas d'exception sans texte. La cour invoque encore l'immutabilité des conventions matrimoniales; il est vrai, comme le dit la cour, que la solennité et l'immutabilité des conventions matrimoniales intéressent les tiers qui ont des relations avec les conjoints; s'il dépendait de l'époux qui, après le mariage, a contracté avec des tiers, de faire tomber ou de laisser subsister ses conventions matrimoniales, selon qu'il lui plairait d'en demander ou de n'en demander pas la nullité, la condition des tiers demeurerait perpétuellement incertaine et, par suite, le pacte matrimonial perdrait, à leur égard, le caractère d'immutabilité que la loi a voulu y attacher (2). Cela est exact, mais l'argument ainsi formulé n'est pas décisif; il faut dire que la nullité

(1) Bordeaux, 27 novembre 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 471).

(2) Rejet, chambre civile, 5 mars 1855 (Dalloz, 1855, 1, 101). Comparez Limoges, 17 novembre 1869 (Dalloz, 1871, 2, 167); Montpellier, 16 août 1869 (Dalloz, 1872, 1, 346), et Rejet, 19 juin 1872 (*ibid.*).

est établie dans l'intérêt des tiers, puisque les tiers y sont intéressés. On reste donc sous l'empire du droit commun.

36. Quel est l'effet de l'annulation quant au régime des époux? Il faut appliquer le principe d'après lequel un acte annulé est censé n'avoir jamais existé. Les époux se sont donc mariés sans contrat, partant ils sont régis par la communauté légale. La conséquence est irrésistible, et elle est presque généralement admise(1). Il faut cependant avouer qu'elle est contraire à la volonté des parties (2), et les conventions matrimoniales n'ont-elles pas pour fondement unique la volonté des parties contractantes? Elles ont voulu adopter le régime dotal, et elles se trouvent mariées sous le régime de communauté. On ne peut certes pas dire que, dans ce cas, la communauté est le régime tacitement adopté par les époux; c'est la loi qui le leur impose. Tout ce que l'on peut dire, c'est que les futurs époux, voulant un régime autre que le droit commun, auraient dû remplir les conditions prescrites par la loi; sinon ils sont censés n'avoir pas voulu déroger à la communauté légale.

II. *Les interdits.*

37. Si l'on admet que les interdits peuvent se marier, il faut leur permettre aussi de faire des conventions matrimoniales. Quelles sont les conditions requises pour la validité de ces conventions? La loi, au titre du *Contrat de mariage,* ne parle que des mineurs; les autres incapables restent donc sous l'empire du droit commun. Quel est ce droit commun? C'est que, pour faire un contrat de mariage, il faut être capable de contracter (n° 13); or, le code place les interdits parmi les incapables. Leur incapacité est absolue en ce qui concerne les actes d'intérêt pécuniaire; aux termes de l'article 502, *tous actes* passés par l'interdit postérieurement à l'interdiction sont nuls de droit. Par application de ce principe, il faut décider que l'interdit ne peut faire aucune convention matrimoniale. Il est

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 246, et note 31, et les autorités qui y sont citées.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 29. n° 15 *bis* VI.

eprésenté par son tuteur, c'est le tuteur qui devra consentir au contrat de mariage comme mandataire légal de l'interdit. Sur le refus du tuteur, il ne reste à l'interdit que la faculté de se marier sans contrat, sous le régime de la communauté légale. On oppose l'adage : *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptiarum consequentias*. Nous avons répondu d'avance que c'est fausser le principe que de l'entendre en ce sens que la loi permette aux incapables, habiles à se marier, de faire toute espèce de conventions matrimoniales; et dans son application aux interdits on voit combien le principe ainsi interprété est déraisonnable. On conçoit que l'interdit ait le droit de se marier; c'est une question d'affection et de sympathie. Autre chose est un contrat de mariage; il s'agit, dans ce cas, d'intérêts pécuniaires, et c'est précisément pour sauvegarder les intérêts pécuniaires de l'aliéné et de sa famille que la loi permet de l'interdire. Le mineur, bien que sa raison soit plus ferme que celle de l'interdit, ne peut faire un contrat de mariage qu'avec l'assistance de ses parents ou de sa famille; et l'on voudrait donner à l'interdit, plus incapable que le mineur, des droits plus étendus (1)!

38. L'aliéné non interdit reste sous l'empire du droit commun; il peut se marier s'il est majeur, et faire toute espèce de conventions matrimoniales, sauf aux parties intéressées à les attaquer pour cause d'insanité. Quelle preuve les demandeurs en nullité devront-ils faire? Il faut distinguer. Si l'aliéné a été interdit, on applique l'article 503, aux termes duquel les actes antérieurs à l'interdiction pourront être annulés, lorsque la cause de l'interdiction existait notoirement à l'époque où ces actes ont été faits. Si l'aliéné meurt sans avoir été interdit, on applique l'article 504; en général, le contrat de mariage sera inattaquable; toutefois s'il contient des donations, elles pourront être annulées en vertu de l'article 901, comme étant faites par une personne qui n'était pas saine d'esprit. On

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 239 et suiv., et note 14, § 502. En sens contraire. Troplong, t. I, p. 91, nos 117-119 : l'opinion de Troplong est réfutée par les éditeurs de Zachariæ.

applique, en tout, le droit commun, parce que le code n'y a pas dérogé (1).

39. Les sourds-muets peuvent-ils consentir des conventions matrimoniales sans aucune assistance? Nous avons dit ailleurs que les sourds-muets ne sont frappés d'aucune incapacité civile à raison de leur infirmité; s'ils peuvent manifester une volonté et donner un consentement libre et éclairé, ils sont capables de contracter et, par suite, de consentir des conventions matrimoniales. Ce sont les termes d'un arrêt de la cour de Paris; la cour a tort de citer l'article 1398, qui ne concerne que les mineurs et qui ne leur reconnaît pas une entière capacité. On objectait l'article 936, d'après lequel la donation faite au sourd-muet illettré doit être acceptée par un curateur; la cour de Paris écarte l'objection en disant que cette disposition est exceptionnelle et établie dans l'intérêt du sourd-muet, qu'on ne peut donc pas s'en prévaloir contre lui (2).

III. *Les personnes placées sous conseil judiciaire.*

40. Ces personnes sont, en droit, dans la même position que les interdits; la loi n'en parle pas au titre du *Contrat de mariage*. Les prodigues et les faibles d'esprit sont capables de se marier; il faut donc qu'ils puissent faire des conventions matrimoniales. Peuvent-ils les consentir sans l'assistance de leur conseil? Non, car pour faire un contrat de mariage, il faut être capable de contracter; or, les personnes placées sous conseil n'ont pas la capacité de faire toute espèce de conventions; la loi ne leur permet pas d'aliéner sans l'assistance d'un conseil judiciaire, et il n'y a guère de contrat de mariage sans une aliénation; donc les prodigues et les simples d'esprit ne peuvent faire qu'un contrat qui n'implique aucune aliénation : tel serait le régime de séparation de biens si les époux ne se font aucune libéralité; mais dès que le con-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 240 et suiv., et les autorités qui y sont citées.

(2) Paris, 3 août 1855 (Dalloz, 1857, 2, 175). Bordeaux, 29 décembre 1856 (Dalloz, *ibid.*, p. 173).

trat contient une aliénation, ils ne peuvent le faire qu'avec l'assistance de leur conseil. Telle est l'opinion généralement admise par les auteurs (1) et par les cours d'appel (2). La cour de cassation a consacré l'opinion de Troplong; il faut nous y arrêter, parce que, dans notre conviction, Troplong s'est trompé, et il a entraîné dans son erreur la cour suprême (3).

41. Le contrat de mariage est un contrat, et tout contrat exige la capacité de contracter; or, les prodigues et les faibles d'esprit n'ont pas la plénitude de cette capacité. La loi détermine les limites dans lesquelles leur capacité est restreinte. De quel droit fait-on exception à ces principes pour reconnaître, en faveur des prodigues et des faibles d'esprit, la faculté de consentir toute espèce de conventions matrimoniales? La cour de cassation invoque l'adage *Habilis ad nuptias, habilis ad nuptialia pacta;* elle en induit que le prodigue ayant le droit de se marier, est, par cela même, capable de consentir toutes les conventions et dispositions de futur à futur dont le contrat de mariage est susceptible. Nous avons d'avance répondu à l'argument; la cour d'Agen, à laquelle l'affaire a été renvoyée, fait la même réponse. Il n'y a aucune trace dans notre code de ce que la cour de cassation appelle une *règle;* si l'article 1398 semble l'appliquer au mineur, c'est en y ajoutant une restriction essentielle : le mineur ne peut consentir les conventions matrimoniales qu'à la condition d'être assisté, dans le contrat, des personnes dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Ce n'est donc pas à raison de son habilité à se marier que le mineur est habile à faire un contrat de mariage; quoique habile à se marier, il reste incapable de consentir des conventions matrimoniales, à moins qu'il ne soit assisté; c'est l'assistance seule qui couvre son incapacité.

(1) Elle est assez longuement développee par Colmet de Santerre, t. VI, p. 30-35. Aubry et Rau, t. V, p. 236 et note 12.

(2) Pau, 31 juillet 1855 (Dalloz, 1857, 1, 18), casse. La cour d'Agen a jugé dans le même sens, 21 juillet 1857 (Dalloz. 1857, 2, 168). Comparez Bordeaux, 17 février 1855 (Dalloz, 1856, 2, 249-250).

(3) Cassation. 24 décembre 1856 sur les conclusions contraires de l'avocat général (Dalloz, 1857, 1, 18).

En citant l'article 1398, pour en induire que l'habilité à se marier donne l'habilité à faire les conventions matrimoniales, la cour de cassation fait dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit.

La cour de cassation a cassé l'arrêt de la cour de Pau pour avoir violé l'article 513. A notre avis, c'est la cour de cassation qui viole cet article. Le code, dans les articles 513 et 499, déclare les prodigues et les faibles d'esprit incapables d'aliéner ; cette incapacité est générale, on n'y peut apporter d'exception qu'en vertu d'une disposition formelle de la loi. Où est cette disposition? La cour apporte une exception à l'article 513, sans texte ; c'est faire la loi en donnant au prodigue la capacité d'aliéner dans son contrat de mariage, alors qu'une loi générale lui défend d'aliéner par quelque contrat que ce soit. La cour prévoit le reproche et elle cherche à y échapper en soutenant que l'article 513 n'est pas applicable au contrat de mariage. On ne peut, dit-elle, diviser le contrat de mariage parce que, dans ce contrat, tous les pactes s'enchaînent et se mettent en équilibre, et cet ensemble de stipulations combinées est souvent la condition du mariage. Or, ce serait diviser le contrat que d'y annuler les donations, tout en maintenant le régime que les époux ont adopté. Il est facile à la cour d'Agen de répondre à cette objection : la prétendue indivisibilité du contrat de mariage n'est qu'une affirmation ; pour l'écarter, il suffit de la nier ; quand il y a des clauses diverses dans un même contrat, les unes valables, les autres nulles, pourquoi ne maintiendrait-on pas les premières tout en annulant les secondes? Il y a plus ; la nécessité de diviser le contrat de mariage résulte du texte même de l'article 513 et de l'incapacité particulière qui frappe le prodigue ; il est à moitié capable, à moitié incapable ; pourquoi les clauses qu'il était capable de consentir seraient-elles annulées, parce qu'il a fait des aliénations qu'il était incapable de faire?

La cour de cassation ne veut pas de l'article 513, parce qu'en faisant intervenir le conseil judiciaire dans le contrat de mariage on en subordonne la validité au consentement du conseil ; c'est dire que l'on fait dépendre d'une

volonté étrangère le mariage même, qui doit demeurer entièrement libre. Nous demanderons à la cour s'il n'en est pas de même de tous les incapables? Le conseil de famille intervient dans le contrat de mariage du mineur; celui-ci ne peut consentir aucune clause sans qu'elle soit approuvée par le conseil. En conclura-t-on que le mariage n'est pas libre? On dira que le mineur est incapable de se marier, tandis que le prodigue est capable. Soit; le prodigue est libre de se marier, mais il n'est pas libre de consentir des conventions matrimoniales qui seraient ruineuses pour lui et pour sa famille. Ce que la cour appelle une atteinte à la liberté du prodigue est, en réalité, une protection que la loi lui accorde contre sa faiblesse et son incapacité; et l'on veut que la loi lui enlève cette protection dans le contrat qui subit, plus que tout autre, l'influence des passions !

Enfin, la cour de cassation cherche dans l'article 513 une objection contre l'application que l'on en veut faire au contrat de mariage. L'article 513 défend au prodigue d'aliéner et d'hypothéquer; si cette défense est applicable aux conventions matrimoniales, il en résultera que le prodigue ne pourra pas même se marier sous le régime de la communauté légale; cependant les partisans de l'opinion générale admettent que le prodigue est marié sous ce régime à défaut de contrat (1); ils sont en contradiction avec eux-mêmes; en effet, si le prodigue peut adopter la communauté légale, il peut aliéner et hypothéquer, car il aliène son mobilier présent et futur et l'usufruit de ses immeubles qui entrent en communauté, et il grève ses biens de l'hypothèque légale au profit de la femme. Il faut en conclure que l'article 513 n'est pas applicable aux conventions matrimoniales. Nous répondons avec la cour d'Agen que cette argumentation confond ce que la loi veut et ce que les parties veulent. Ce n'est pas le prodigue qui constitue une hypothèque sur ses biens, c'est la loi qui accorde cette garantie à la femme, que les parties le veuillent ou non. Ce n'est pas le prodigue qui organise la communauté

(1) Limoges, 27 mai 1867 (Dalloz, 1867, 2, 77).

légale ; c'est la loi qui y fait entrer le mobilier des époux et l'usufruit de leurs immeubles, et elle a dû établir un régime pour ceux qui ne voudraient ou ne pourraient faire de conventions matrimoniales.

42. La question à l'occasion de laquelle se sont élevés ces vifs débats concernait une institution contractuelle faite par un prodigue. Si l'on admet le principe tel que nous venons de l'établir, la conséquence ne saurait être douteuse. Nous l'avons déjà dit en traitant du conseil judiciaire : le prodigue ne peut faire de donations par contrat de mariage, ni de biens à venir ; nous renvoyons aux arrêts qui viennent d'être cités et à ce qui a été dit sur l'article 513 (t. V, n° 366).

ARTICLE 2 Solennité.

N° 1. AUTHENTICITÉ.

43. Dans notre ancien droit belgique, le contrat de mariage pouvait se faire par acte sous seing privé (1). Il en était de même en France, au moins dans quelques provinces ; dans la plupart des provinces, au témoignage de Pothier, on rejetait les con-trats de mariage sous signatures privées. Les auteurs du code ont consacré cette dernière jurisprudence. D'après l'article 1394, « toutes conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire ». Quels sont les motifs de cette disposition qui, pour une partie de la France, était une innovation ? Il est assez difficile de les préciser. Pothier dit que l'on a voulu empêcher les conjoints d'éluder la loi qui leur défend de se faire aucune libéralité pendant le mariage, en faisant, durant le mariage, des contrats qu'ils auraient antidatés (2). Ce motif n'explique pas la condition d'authenticité, car, pour prévenir un contrat antidaté, il suffisait d'exiger un acte ayant date certaine, comme le fait l'article 1410. L'orateur du Tribunat, après avoir dit que le code abroge

(1) Voyez les arrêts rapportés dans la *Pasicrisie*, 1831, p. 34 ; 1835, 2, 255 ; 1841, 2, 334 ; 1842, 2, 145.
(2) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 12.

l'usage de rédiger les conventions matrimoniales sous seing privé, ajoute : « Si l'on prive les familles de l'avantage d'épargner des frais d'enregistrement, elles en sont bien dédommagées par le nombre des fraudes que l'on prévient, par la meilleure garantie que l'on donne aux droits et à la fortune des époux et de leurs enfants (1). » Ce motif est de ceux qui prouvent trop, car on pourrait l'invoquer pour tous les contrats; l'acte authentique a toujours des avantages incontestables, et il ne présente aucun des inconvénients et des dangers qu'offre l'acte sous seing privé. Cependant pour les conventions, en général, la loi se contente d'un acte sous seing privé; pour mieux dire, elle ne prescrit aucune forme, les actes ne servant que de preuve, tandis que l'authenticité de l'acte est une condition requise pour l'existence même des conventions matrimoniales. Il faut donc qu'il y ait des raisons particulières pour lesquelles la loi a fait du contrat de mariage un acte solennel. Quelles sont ces raisons?

Toullier reproduit le motif donné par Pothier : la loi a voulu assurer aux contrats de mariage une date antérieure au mariage et empêcher les antidates frauduleuses des actes sous seing privé. Elle a encore voulu empêcher qu'on ne puisse les supprimer, ce qui serait facile s'ils étaient sous seing privé (2). Ces motifs n'expliquent pas encore la solennité de l'acte; le dépôt chez un notaire aurait assuré la conservation de l'écrit et l'enregistrement lui aurait donné une date certaine. Duranton insiste également sur la nécessité de conserver l'acte qui contient les conventions matrimoniales; autrement, il serait facile, en supprimant l'écrit sous seing privé que l'on aurait fait, de changer les conventions matrimoniales, et l'immutabilité de ces conventions est un des principes fondamentaux qui régissent le contrat de mariage (3). Rien de plus vrai, mais nous répétons qu'un acte de dépôt aurait suffi pour atteindre ce but.

Troplong commence par insister sur la question de

(1) Siméon, *Discours*, n° 14 (Locré, t. VI, p. 461).
(2) Toullier, t. VI, 2, p. 66. n° 71.
(3) Duranton, t. XIV, p. 41, n° 39.

preuve, ce qui n'est pas le vrai terrain du débat; en effet, l'acte authentique ne sert pas seulement de preuve, il est requis pour la substance de l'acte : « L'ordre public est si intéressé au mariage, c'est-à-dire à la conservation des familles, qu'il ne pourrait pas permettre de livrer à des preuves fugitives cet important contrat. Nul ne demande plus de certitude, de publicité, de solennité; il n'est pas seulement une règle pour les deux familles qui s'unissent et pour la famille nouvelle qui va sortir de cette union; il est encore une loi pour les tiers et la base du crédit des futurs époux. » Il y a du vrai dans ces considérations, mais Troplong y mêle des erreurs. Est-ce que l'authenticité donne de la *publicité* aux conventions matrimoniales? Le code ne prescrit aucune publicité, et tout ce que l'auteur dit n'explique point la nécessité de l'intervention d'un officier public. Troplong cite plus loin les paroles de Brodeau qui ont trait également à l'importance des conventions matrimoniales (1). Cela est incontestable, mais cela ne justifie pas le principe de la solennité de l'acte.

Colmet de Santerre, après avoir dit que la loi a voulu assurer la conservation de l'écrit qui constate le contrat de mariage, ajoute qu'il y a encore un autre motif, secondaire, de l'authenticité : « Les conventions matrimoniales présentent des complications et des difficultés. Le notaire a été considéré comme un conseiller qui éclaire les parties sur les clauses à introduire dans leur contrat ou à en exclure (2). » Ne serait-ce pas là le motif principal de l'article 1394? Quand la loi prescrit l'authenticité comme condition substantielle de l'acte, c'est pour garantir l'expression de la volonté des parties. S'agit-il d'une donation, il y a danger d'influences illicites, de suggestion, de captation; l'intervention du notaire, si elle n'empêche pas ces obsessions, les rend au moins plus difficiles. Il n'y a guère de contrat de mariage sans libéralité; il y a plus, en dehors de ce contrat, les donations sont rares. Cela suffit déjà pour justifier la condition d'authenticité. L'in-

(1) Troplong, t. I, p. 61, n° 15, et p. 166, n° 169.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 12, n° 11 *bis* II.

tervention du notaire est également indispensable pour les conventions matrimoniales proprement dites. On ne dit pas assez en disant qu'elles sont compliquées et difficiles, il faut dire que la plupart des parties contractantes ne comprennent point les clauses qu'elles signent ou qu'on leur fait signer. Si l'on dresse un acte, c'est pour déroger à la communauté légale; or, les clauses de communauté conventionnelle embarrassent les jurisconsultes; comment veut-on que les personnes étrangères au droit comprennent l'étendue et la portée du régime auquel elles se soumettent? Si l'on veut que le plus important des contrats se fasse en connaissance de cause et qu'il soit l'expression de la volonté éclairée des parties, il faut y faire intervenir un officier public.

44. Nous mettons le contrat de mariage sur la même ligne que les donations, en ce qui concerne la solennité de l'acte. Le texte même du code établit cette assimilation. L'article 931 est ainsi conçu : « Tous actes portant donation entre-vifs seront passés devant notaires, dans la forme ordinaire des contrats, et il en restera minute sous peine de nullité. » La rédaction de l'article 1394 est à peu près la même : « Toutes conventions matrimoniales seront rédigées par acte devant notaire. » L'article n'ajoute pas qu'il en restera minute sous peine de nullité. Il était inutile de le dire, puisque tel est le droit commun, sauf pour les actes de peu d'importance qui peuvent être reçus en brevet, et il va sans dire que le plus important des contrats est compris dans la règle et non dans l'exception (1).

Les articles 1394 et 931 étant conçus dans le même sens, il faut en conclure que le contrat de mariage est un acte solennel, de même que la donation, ce qui signifie que l'écrit authentique est une condition requise pour l'existence du contrat. De là suit qu'un contrat de mariage rédigé par acte sous seing privé n'a pas d'existence légale, il est plus que nul, il est inexistant. Les auteurs ne discutent pas la question, mais ils admettent implicite-

(1) Loi du 25 ventôse an XI, art. 20 et 68. Toullier, t. VI, 2, p. 67.

ment le principe. Duranton dit que le contrat de mariage est un acte solennel; il le met sur la même ligne que la donation et lui applique, en conséquence, l'article 1339, ce qui est décisif; la donation irrégulière, ou nulle en la forme, comme dit la loi, n'a point d'existence, c'est le néant, ou comme nous disons dans le langage de l'école, c'est un acte inexistant. Il en est de même du contrat de mariage quand il n'est pas fait avec les solennités prescrites par la loi (1). La jurisprudence consacre le même principe, bien qu'elle soit très-inconséquente dans l'application. La cour de Pau dit, en se fondant sur les motifs de la loi, que l'authenticité de l'acte est nécessaire pour assurer la fixité et l'immutabilité du contrat de mariage; elle en conclut que, rédigé sous seing privé, l'acte est ouvertement contraire au but de la loi, que dès lors on ne saurait lui reconnaître une *existence légale* (2). La cour de Caen, analysant l'article 1394, dit que les deux conditions qu'il prescrit, l'authenticité et la rédaction avant le mariage sont de l'*essence* de l'acte; si l'une d'elles manque, *il n'y a pas de contrat de mariage* (3). Ce sont les termes dont se sert l'article 146 : « Il n'y a pas de mariage lorsqu'il n'y a point de consentement. » Le défaut de solennité a donc le même effet que l'absence de consentement, ce qui est décisif. En définitive, la doctrine et la jurisprudence appliquent au contrat de mariage la théorie des actes inexistants que nous avons exposée au titre des *Obligations* (4), et dont nous avons fait de nombreuses applications dans le cours de ce travail.

45. On enseigne généralement que le contrat de mariage sous seing privé est assimilé à un acte notarié lorsqu'il est déposé chez un notaire et que celui-ci en dresse acte de dépôt. C'est, à notre avis, confondre deux questions essentiellement différentes : la solennité et la preuve. L'authenticité n'est pas prescrite pour la preuve, elle est établie pour l'existence du contrat de mariage; donc dès

(1) Duranton, t. XIV, p. 46, n° 45
(2) Pau, 18 juin 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 267).
(3) Caen, 9 mai 1844 (Dalloz, *ibid.*, n° 265).
(4) Voyez le tome XV de mes *Principes*, p. 507. n°s 450-465

qu'il n'y a point d'acte authentique, il n'y a pas de contrat de mariage; or, l'acte sous seing privé déposé reste néanmoins un acte sous seing privé, il n'est pas reçu par notaire; donc il ne remplit pas le vœu de la loi, l'officier public n'y intervient point, il n'a pas pu éclairer les parties, partant l'acte doit rester ce qu'il était, inexistant. Que dit-on pour l'opinion contraire? Troplong dit, dans ses phrases académiques : « Le code n'est pas une loi *tyrannique* qui dise dans son étroit formalisme : *Qui virgula cadit, causa cadit*. Il est équitable, raisonnable, ennemi de la superstition (1). » C'est ne rien dire. Le contrat de mariage est-il, oui ou non, un acte solennel? Si c'est un acte solennel, et tout le monde le qualifie ainsi, il faut appliquer l'article 1339, lequel est très-*tyrannique*, car, pour la moindre irrégularité, la donation est nulle en la forme et, par suite, inexistante. Il en est de même du contrat de mariage.

A vrai dire, la doctrine des auteurs n'est pas aussi absolue qu'elle en a l'air. Tous citent un arrêt de la cour de Rouen; mais cet arrêt ne dit pas qu'un simple acte de dépôt suffise pour transformer un acte sous seing privé en acte authentique; dans l'espèce, il y avait plutôt un acte de reconnaissance, lequel équivaut à un acte notarié, puisque les parties y reproduisent leurs conventions; c'est donc un acte reçu par un officier public; à ce titre, la loi hypothécaire belge (art. 2 et 76) l'assimile à un acte authentique. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Donations* (t. XII, n° 235). Voici l'espèce jugée par la cour de Rouen (2). Le notaire commence par constater que les parties lui ont remis, pour être placé au rang de ses minutes, un acte sous seing privé contenant leurs conventions matrimoniales. Puis vient la déclaration des comparants qu'ils *réitèrent* et confirment toutes les stipulations de l'acte sous seing privé. La cour insiste sur cette déclaration et en induit que l'acte de dépôt pouvait être consi-

(1) Troplong, t. I, p. 110, n° 185. Comparez Duranton, t. XIV, p. 43, n° 43. Aubry et Rau, t. V, p. 247 et suiv., et note 3. En sens contraire, Rolland de Villargues, *Répertoire*, au mot *Contrat de mariage*, n° 64.

(2) Rouen, 11 janvier 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 260).

déré comme l'équivalent d'un contrat de mariage devant notaire; l'acte relatait même les clauses; à notre avis, cette formalité est de rigueur, pour que l'acte de reconnaissance tienne lieu d'un acte notarié.

46. Le principe que le contrat de mariage rédigé sous seing privé est inexistant, a des conséquences très-importantes. Puisqu'il n'y a pas de contrat de mariage, il faut décider que les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale (art. 1400) (1). Telle n'est certes pas leur intention; la loi peut-elle imposer aux époux un régime dont ils ne veulent pas? Nous répondons qu'en matière de contrats solennels, l'intention ne suffit point, elle doit être manifestée dans les formes prescrites par la loi, sinon elle n'existe pas; il n'y a donc pas de contrat, ce qui rend l'article 1400 applicable; légalement parlant, les époux ne veulent pas le régime convenu dans l'acte sous seing privé, ils veulent donc le régime de communauté légale.

Si le contrat de mariage fait sous signature privée contient des donations, elles sont nulles, puisqu'elles manquent de la solennité voulue par la loi. Il y a des donations qui ne sont valables que si elles sont faites par contrat de mariage (art. 1082, 1084, 1086, 1093) (2); ces donations sont plus que nulles, quand elles se trouvent dans un contrat de mariage rédigé sous signature privée, elles sont inexistantes, puisqu'elles sont faites sans les formes que la loi établit pour leur existence. Quant aux donations qui peuvent valoir comme dons manuels, elles seront valables si elles ont été exécutées; mais leur effet ne sera pas régi par le régime que les époux ont adopté, elles seront soumises aux règles qui régissent la communauté légale.

Le contrat de mariage fait sous seing privé peut-il être validé par la confirmation? On confirme les actes nuls, on ne confirme pas les actes inexistants. Il faut donc appliquer par analogie au contrat de mariage ce que l'art. 1339

(1) Aubry et Rau, t. V, 248, § 503 (4e ed.).
(2) Pau, 18 juin 1836 (Dalloz. no 267).

dit de la donation; nul en la forme, aucun acte confirmatif n'en peut réparer le vice; si les parties veulent le maintenir, elles doivent le refaire dans la forme légale. La jurisprudence consacre ce principe, mais elle est embarrassée pour le motiver, la théorie des actes inexistants n'étant pas encore entrée dans les habitudes judiciaires. On lit dans un arrêt de la cour de Caen que le contrat de mariage ne doit pas être considéré comme une convention de pur droit privé; de là la cour conclut que les nullités qui s'y rattachent sont des nullités d'ordre public qui ne sont pas susceptibles d'être couvertes (1). Le principe qui sert de point de départ à cette décision n'est pas exact; il est certain que le contrat de mariage, malgré son importance, est un contrat de pur droit privé; le premier article de notre titre le dit, en disposant que la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales, que les époux peuvent faire comme ils le jugent à propos. Ce que la cour aurait dû dire, c'est que le contrat étant solennel, comme elle le reconnaît, le défaut des formes solennelles entraîne l'inexistence de l'acte et, par suite, l'impossibilité de le confirmer.

Les héritiers peuvent-ils confirmer le contrat de mariage nul en la forme? En principe, non; le contrat étant inexistant, il faut appliquer le principe que le néant ne saurait être confirmé, pas plus par les héritiers que par les parties. On ne peut pas se prévaloir de l'article 1340 qui permet aux héritiers du donateur de confirmer la donation, quoique le donateur lui-même ne puisse valider la libéralité par aucun acte confirmatif (art. 1329); car cette disposition est tout à fait exceptionnelle; le seuls motifs qui la justifient ne reçoivent aucune application au contrat de mariage. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations*. La doctrine et la jurisprudence sont contraires (2). C'est une inconséquence; on oublie, dans l'ap-

(1) Caen, 9 mai 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 265). Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 249, note 9, § 503.

(2) Rejet, 31 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 310). Rejet, chambre civile, 26 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 246). Aubry et Rau, t. V, p. 249, note 10, § 503.

plication, la théorie des actes inexistants. La cour de cassation dit que les motifs d'ordre public qui empêchent la confirmation des conventions matrimoniales pendant le mariage cessent d'exister après la dissolution du mariage. Sans doute, rien n'empêche les héritiers de régler leurs intérêts comme ils l'entendent et de faire telles renonciations qu'ils jugent convenables, mais ce n'est pas là confirmer le contrat de mariage. La confirmation proprement dite ne se conçoit pas. Elle rétroagit, en ce sens que l'acte est considéré comme valable dès le principe, et comment y aurait-il contrat de mariage entre les parties, alors qu'il n'y a point d'acte authentique, pas de solennité? La question est très-importante, en ce qui concerne la prescription; si les héritiers peuvent confirmer, il en résulte, comme l'a jugé la cour de cassation, que l'on peut opposer aux héritiers la prescription de dix ans, qui est une confirmation tacite, tandis que s'il n'y a pas lieu à confirmation, la prescription de dix ans est inapplicable.

47. Les futurs époux ne font plus guère de contrat de mariage sous seing privé; la solennité est entrée dans nos mœurs. Mais il peut arriver que le contrat soit reçu par notaire et qu'il soit nul par suite de l'inobservation de l'une des formalités prescrites sous peine de nullité par la loi de ventôse. On applique, dans ce cas, les principes que nous venons d'exposer. Les formes sont de la substance de l'acte; si l'acte est nul en la forme, le contrat de mariage est inexistant, de même que s'il avait été fait sous seing privé. On a opposé l'article 1318, aux termes duquel l'acte authentique, nul pour vice de forme, vaut comme écriture privée s'il est signé des parties. C'est confondre les actes solennels avec les actes non solennels. L'article 1318 suppose, comme le dit la cour de Colmar, que l'acte peut valoir comme écriture privée, il ne reçoit donc pas d'application aux actes solennels, pour l'existence desquels la loi exige l'authenticité. La cour en conclut que le contrat de mariage est considéré comme n'ayant jamais existé dès que l'acte est annulé (1).

(1) Colmar, 16 mars 1813 (Dalloz, au mot *Obligations*, n° 3313). Comparez Caen, 9 mai 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 265).

Il suit de là que toutes les formalités prescrites sous peine de nullité par la loi de ventôse sur le notariat doivent être remplies; si l'une de ces formes n'a pas été observée, l'acte est nul en la forme, ce qui entraîne l'inexistence du contrat. Il y a eu quelque hésitation dans la jurisprudence; il est inutile de s'arrêter à des questions qui ne sont réellement pas des questions, puisque le texte de la loi les décide. Il a été jugé par la cour de cassation que le contrat de mariage qui n'a pas été signé par l'un des deux témoins instrumentaires est nul (1), et, par suite, inexistant. Cela est d'évidence. Il en serait de même de toutes les autres formes (2). Notons seulement que la jurisprudence française a admis une exception à ces principes, et que l'exception, qui est une véritable violation de la loi, a été consacrée par la loi. Le second notaire ou les deux témoins doivent-ils être présents à la rédaction et à la signature du contrat de mariage? Le texte de la loi dit oui, la jurisprudence a dit non, et une loi du 21 juin 1843 a donné la sanction du pouvoir législatif à cette étrange jurisprudence. En Belgique, les notaires sont restés fidèles à la loi.

48. Le principe de la solennité s'applique à toutes les conventions matrimoniales; ce sont les termes de l'article 1394. Si les parties inséraient dans le contrat de mariage des conventions étrangères aux droits des époux sur leurs biens, il va sans dire qu'elles conserveraient le caractère qui leur est propre, celui de contrats non solennels. Quelles conventions sont matrimoniales, quelles conventions ne le sont pas? Nous avons déjà rencontré cette question (n° 29); elle se décide par l'objet de la convention. Il a été jugé que l'obligation contractée par l'un des futurs époux, de supporter seul les frais et honoraires du contrat de mariage, a le caractère d'une convention matrimoniale. La cour de cassation en a conclu, et la chose est évidente, que l'on ne pouvait pas déférer le serment sur l'existence d'une obligation pareille (3). Le serment est

(1) Rejet, chambre civile, 26 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 246).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 248 et notes 5 et 6 (4e éd.).
(3) Cassation, 21 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 1, 194).

un des modes de preuve admis par la loi; or, l'art. 1394 ne décide pas une question de preuve; l'acte authentique est requis pour l'existence même de la convention.

49. L'article 1394 est-il applicable aux conventions matrimoniales reçues à l'étranger? Nous supposons que des Français (Belges) y figurent. Il va sans dire que si les parties contractantes sont étrangères, elles sont régies par la loi du pays auquel elles appartiennent. Nous avons examiné la question ailleurs. La difficulté est de savoir si l'adage *Locus regit actum* est applicable aux actes solennels. Nous l'avons décidée négativement (1) et nous maintenons notre décision en ce qui concerne le contrat de mariage. La forme, dit Troplong, est réglée par le statut arbitraire de chaque contrée. C'est traduire l'adage latin, mais la traduction ne lui donne pas une force nouvelle; d'ailleurs nous le maintenons dans sa véritable acception. Le contrat doit être reçu dans la forme authentique, parce que l'authenticité est requise, non pour la preuve, mais pour l'existence de l'acte; quant aux formes que l'on devra suivre pour rendre l'acte authentique, on appliquera l'adage en remplissant les formes prescrites par la loi du pays où l'acte est reçu. Troplong ajoute : « Ce n'est pas la faute des *sujets* si la forme est moins parfaite dans tel pays que dans tel autre. Ils ne faillissent pas quand ils *obéissent* à la loi et on ne doit pas leur reprocher de n'avoir pas été plus sages qu'elle (2). » C'est confondre le contrat qui intéresse les étrangers et le contrat où figurent des Français. Les Français ne sont pas des *sujets* du pays étranger, ils ne doivent pas *obéissance* aux lois étrangères; mais ils sont tenus d'obéir aux lois de leur pays, s'ils veulent que leurs conventions matrimoniales aient en France l'autorité et l'effet qu'elles doivent avoir d'après le code civil.

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 154, n° 99.

(2) Troplong, t. II, p. 14, n° 188. Aubry et Rau, t. V, p. 218 et note 4, § 503.

§ II. *Présence des futurs époux.*

30. Les futurs époux doivent être présents au contrat de mariage, cela est si évident qu'il semble inutile de le dire. Cette question a cependant donné lieu à de longues controverses, par suite d'un usage illégal qui s'est introduit en France, surtout dans certaines contrées du Midi. Les parents seuls figuraient à l'acte, au moins quand les futurs étaient mineurs; parfois ils se portaient fort pour eux. On considérait le contrat de mariage ainsi reçu comme valable, au moins en ce sens que la célébration du mariage valait ratification. La cour de cassation a condamné cette pratique vicieuse, en décidant que le contrat de mariage reçu en l'absence de l'époux, quand même les père et mère se seraient portés fort pour lui, est comme non avenu; les époux sont mariés sans contrat, par conséquent sous le régime de la communauté légale, quelles qu'aient été les conventions arrêtées par les parents. C'est l'application des principes qui régissent l'existence des contrats. La première des conditions requises pour qu'un contrat existe, c'est le consentement; donc sans consentement il n'y a point de contrat de mariage. On peut consentir soit en personne, soit par mandataire; quand le contrat a pour objet une aliénation, le mandat doit être exprès (art. 1988). Il est vrai que l'on admet que la ratification de ce qu'un tiers a fait pour nous sans mandat équivaut au mandat. Mais cette règle est-elle applicable aux contrats solennels? Nous renvoyons, en ce qui concerne les donations, au titre qui est le siége de la matière. Quant au contrat de mariage, il est soumis à une règle spéciale. La loi veut qu'il soit rédigé par acte notarié avant la célébration du mariage, et elle le déclare immuable. De là suit que le consentement des époux doit être manifesté dans la forme authentique avant le mariage. La conséquence est que le contrat de mariage est inexistant par défaut de consentement lorsque les futurs époux n'y figu-

rent point (1). Cela est aussi fondé en raison. Le contrat de mariage est un acte solennel, parce que la loi veut que les parties soient éclairées par l'officier public qui reçoit l'acte. Conçoit-on que le contrat se fasse en l'absence des parties qui doivent donner un consentement éclairé par le débat en présence du notaire?

S'il y a absence de consentement, il faut dire que le contrat de mariage est inexistant. La cour de cassation le dit : « L'absence de la future au contrat de mariage constitue une nullité radicale et d'ordre public, qui enlève au prétendu contrat de mariage son existence légale (1). Les mots *d'ordre public* sont de trop, à notre avis. Il peut y avoir nullité d'ordre public sans que le contrat soit inexistant. Pour que l'on puisse dire qu'il n'y a point de contrat, il faut que l'une des conditions requises pour son existence fasse défaut. Dans l'espèce, c'est le consentement qui manque, et sans consentement il n'y a point de contrat.

51. Le contrat de mariage dressé en l'absence des époux ou de l'un d'eux peut-il être confirmé? Si l'on admet le principe consacré par la cour de cassation, il ne peut pas s'agir de confirmation, car on ne confirme pas le néant. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XV, n[os] 451 et 462). Il faut dire, avec l'article 1339, que le contrat nul en la forme doit être refait en la forme légale. A vrai dire, il s'agit d'une ratification plutôt que d'une confirmation; il y a eu consentement donné au nom du futur époux : la question est de savoir si ce consentement peut être ratifié par l'époux. Nous croyons que non; l'époux doit se présenter en personne devant l'officier public, ou par l'intermédiaire d'un mandataire spécial, si l'on veut que le but de la loi soit atteint. Il faut donc que la ratification soit un nouveau contrat, ainsi que le dit l'article 1339.

Les éditeurs de Zachariæ paraissent l'entendre en ce sens quand ils disent que le contrat de mariage peut être

(1) Rejet, chambre civile, 29 mai 1854 (Dalloz, 1854, 1. 207). Cassation, 9 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 1. 28).
(2) Rejet, 6 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1. 224)

ratifié avant le mariage dans la forme déterminée par les articles 1396 et 1397 (1). Le principe ainsi formulé ne nous paraît pas exact. Les articles 1396 et 1397 concernent les contre-lettres; ils supposent qu'il y a un contrat de mariage que les parties veulent modifier; la loi prescrit des conditions et des formes spéciales pour la validité de ces changements : si les parties n'observent pas la loi, les contre-lettres seront nulles, mais le premier contrat sera valable. Rien de tout cela n'est applicable à un contrat de mariage inexistant; on ne peut pas modifier le néant, il ne reste qu'à faire un nouveau contrat dans les formes ordinaires des actes notariés; et si ce contrat était nul, il n'y aurait aucun contrat de mariage, le premier n'ayant aucune existence légale.

La jurisprudence laisse également à désirer. Un arrêt de Nîmes dit, et cela est exact, que les conventions matrimoniales consenties par le père, se portant fort pour sa fille, ne sont obligatoires pour celle-ci qu'autant qu'elle a valablement exprimé la volonté de se les approprier. Comment cette volonté doit-elle être manifestée? Ici est la difficulté. La cour applique les règles établies par l'article 1338 sur la confirmation (2); ces règles sont inapplicables au cas où il n'y a pas de contrat faute de consentement; c'est un vice qui ne saurait être réparé, car c'est le néant. La cour de Grenoble exige une ratification expresse donnée dans la forme déterminée par les articles 1394 et 1397 (3); il y a confusion ou inattention dans cette décision; on ne peut pas appliquer simultanément l'article 1394, qui suppose un premier contrat, et l'article 1397 qui suppose un changement à un premier contrat; peut-être y a-t-il une faute d'impression et doit-on lire 1396. La cour de cassation, dans l'arrêt que l'on cite, ne s'explique pas formellement sur la question, elle dit seulement que la nullité ou l'inexistence du contrat de mariage résulte, entre autres, de la disposition de l'article 1396, qui ne permet de changer les conventions matrimoniales que sous les conditions

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 235 et note 7, § 502 (4e éd.).
(2) Nîmes, 8 janvier 1850 (Dalloz, 1850. 2. 188).
(3) Grenoble, 7 juin 1851 (Dalloz, 1853. 2. 122).

exigées par la loi (1), ce qui n'est pas même exact; car, dans l'hypothèse que nous examinons, il n'y a point de contrat; il ne peut donc pas s'agir d'y apporter un changement.

La célébration du mariage serait-elle une confirmation ou une ratification? Il y a quelque hésitation dans la jurisprudence sur cette question. La raison en est que les tribunaux n'ont point de principe arrêté sur la nullité ou la non-existence du contrat de mariage résultant de l'absence des époux. Est-ce un simple vice qui peut être effacé par une confirmation expresse ou tacite? Non, le vice est irréformable, car c'est le néant. En supposant même qu'il puisse y avoir confirmation, on ne pourrait pas admettre de confirmation tacite, telle que la célébration du mariage; la raison en est simple et péremptoire, c'est que, dans l'espèce, la confirmation doit valoir consentement; or, le consentement en matière de conventions matrimoniales doit être non-seulement exprès, mais il doit être exprimé dans la forme authentique prescrite par l'article 1394(2); donc, sous tous les rapports, il faut écarter la célébration du mariage comme pouvant valider le contrat de mariage.

Les arrêts donnent d'autres raisons, plus ou moins bonnes. Comme tout dépend des motifs, on nous permettra d'y insister. La cour de Nîmes dit que la célébration du mariage n'établit pas un lien nécessaire entre les conventions qui déterminent le régime et le mariage, car le mariage peut avoir lieu sans conventions préalables (3). Cela peut être contesté. Dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Montpellier, le père avait promis le mariage de sa fille et arrêté les conventions matrimoniales avec le futur époux; le contrat stipulait le régime dotal et le père y constituait une dot à sa fille. Celle-ci avait connaissance de ces conventions et elle ratifia la promesse de mariage. Il serait ridicule, dit la cour, de prétendre que la fille dotée n'acceptait pas la dot; donc il y a con

(1) Rejet, chambre civile, 29 mai 1854 (Dalloz. 1854. 1, 207).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 235, note 8, § 502 (4e éd.).
(3) Nîmes, 1er janvier 1850 (Dalloz, 1850, 2, 188). Grenoble, 7 juin 1851 (Dalloz, 1853, 2, 122).

firmation (1). Effectivement il y aurait confirmation tacite, d'après le droit commun (2); il faut donc se garder d'admettre le droit commun, et on ne le peut, comme nous venons de le dire. Peu importe que l'époux non présent lors du contrat ait connaissance des conventions matrimoniales lors de son mariage; on peut en induire une exécution volontaire et, par suite, une confirmation; mais la confirmation tacite est inopérante, comme nous venons de le dire (3).

Quant à la confirmation postérieure au mariage, elle ne peut être invoquée. Dans notre opinion, cela est d'évidence. Le premier contrat est inexistant. Donc, lors du mariage, il n'y a pas de contrat, et postérieurement au mariage, il ne peut pas y avoir de conventions matrimoniales (art. 1394). Vainement dirait-on que la confirmation rétroagit au jour du contrat passé avant le mariage. On voit ici que les principes de la confirmation ne sauraient recevoir d'application aux conventions matrimoniales. En effet, si, lors du mariage, il n'y a point de contrat, la conséquence est certaine, les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale; la confirmation donnée pendant le mariage, si elle était admise, aurait donc pour effet d'établir entre les époux un autre régime que celui de la communauté légale; mais la rétroactivité ne pouvant préjudicier aux droits des tiers (art. 1338), on aboutirait à ce résultat absurde et impossible qu'il y aurait deux régimes, l'un qui règle les droits des époux entre eux, l'autre qui établirait un régime différent à l'égard des tiers. La jurisprudence est dans le sens de notre opinion, mais toujours hésitante entre la confirmation et la ratification proprement dite. La cour de cassation dit que le contrat de mariage n'ayant jamais eu d'existence, l'époux non présent lors de l'acte n'a pas pu le ratifier comme ayant été fait en son nom (4). Nous croyons que tel est le

(1) Montpellier, 3 juillet 1847 (Dalloz, 1847, 2, 144).
(2) La cour de Toulouse dit que c'est la ratification la plus énergique et la moins équivoque (Arrêt du 15 juin 1844; Dalloz, 1845, 4, 110 et suiv.).
(3) En sens contraire, Nîmes, 9 mars 1846 et 3 mai 1847 (Dalloz, 1849, 2, 83).
(4) Rejet, 6 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 224).

vrai principe et qu'il ne peut être question de confirmation, puisqu'il n'y a pas d'acte vicié. La plupart des arrêts que nous avons cités parlent cependant de confirmation ou de ratification dans le sens de l'article 1338.

52. Après la dissolution du mariage, les époux ou leurs héritiers peuvent régler leurs intérêts d'après le contrat de mariage que nous supposons inexistant. Cela est de doctrine et de jurisprudence. Mais il importe de préciser le caractère de ces arrangements. Est-ce une confirmation des conventions matrimoniales par l'exécution que les parties ou leurs héritiers en font? Nous avons déjà dit qu'un contrat inexistant ne peut être confirmé, pas même par les héritiers (n° 46). L'article 1340 ne peut être appliqué par analogie, parce qu'il est exceptionnel, et la confirmation du néant ne se conçoit pas. Si donc les parties intéressées exécutent le contrat de mariage, elles font, en réalité, une convention nouvelle qu'elles sont libres de consentir, puisqu'il ne s'agit que d'intérêts privés, que l'on peut toujours régler comme on veut.

La doctrine paraît contraire. Aubry et Rau appellent cette exécution une ratification et disent qu'elle peut être expresse ou tacite (1). C'est le langage de l'article 1338. Nous demanderons où est, dans l'espèce, le vice qui engendre une action en nullité, action à laquelle les parties renoncent par la confirmation? Il y a absence de consentement; ce qui est plus qu'un vice entachant un contrat; il en résulte que le contrat n'existe pas; voilà un vice qui est irréparable, car, quoi qu'on fasse, le néant reste toujours néant.

Il y a des arrêts dans le même sens. La cour de Nîmes part du principe que le contrat est nul et que la nullité est d'ordre public; mais la nullité cesse d'être d'ordre public à la dissolution du mariage, les intéressés y peuvent renoncer, et ils se rendent par là non recevables à l'invoquer plus tard. C'est la confirmation de l'acte, bien que la cour ne prononce pas le mot. La cour de Montpellier dit formellement que la confirmation peut se faire d'après l'arti-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 235 et note 10, § 502 (4e éd.).

cle 1338 (1). Le langage et la doctrine de la cour de cassation sont plus exacts. Elle dit très-bien qu'après la dissolution du mariage il est permis aux parties de régler leurs intérêts par un *nouvel acte*, comme elles le jugent convenable; mais cette convention n'est pas régie par l'article 1338. En effet, continue la cour, cette disposition suppose l'existence d'un acte entaché d'un vice ou d'une nullité qu'il s'agit de réparer ou de couvrir; elle ne reçoit pas d'application au cas d'un acte nul d'une nullité d'ordre public, acte que les parties n'auraient même pu faire après la dissolution du mariage. L'arrêt ajoute que ces principes ont été consacrés par l'arrêt attaqué de la cour de Toulouse et qu'ils résistent à toute critique (2). La cour se sert des mots *nul* et *nullité;* ce sont les termes légaux, le code ne connaissant pas la terminologie que nous employons pour plus de clarté, mais la cour se sert du mot *nul* dans le sens d'*inexistant;* l'arrêt de la cour de Toulouse ne laisse pas de doute sur ce point; il y est dit que le contrat de mariage auquel la future n'avait pas assisté était radicalement nul et réputé n'avoir jamais existé.

53. Qui peut se prévaloir de la non-existence du contrat de mariage? Un des caractères qui distinguent les actes inexistants est que toute partie intéressée peut repousser l'acte qu'on lui oppose, le néant ne pouvant avoir d'effet à l'égard de personne; ainsi l'époux qui n'a pas été présent au contrat, les tiers intéressés à l'écarter, le conjoint même qui a figuré à l'acte peuvent demander que le contrat soit déclaré inexistant. La doctrine (3) et la jurisprudence sont d'accord sur ce point; seulement les arrêts semblent invoquer les principes qui régissent la nullité des actes plutôt que ceux qui concernent l'inexistence du contrat; peut-être cela vient-il de ce que la langue française n'a point de terme spécial pour marquer qu'un acte n'a point d'existence aux yeux de la loi. La cour de

(1) Nîmes, 6 août 1851 (Dalloz, 1853, 2, 123).

(2) Toulouse, 2 juin 1857 (Dalloz, 1858, 2, 34), et Rejet, 6 avril 1858 (Dalloz, 1858, 1, 224). Un arrêt de rejet de la chambre civile, du 26 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1, 246), parle encore une fois de *ratification*. Comparez Rejet, chambre civile, 10 avril 1866 (Dalloz, 1866, 1, 350).

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 233 et suiv., § 502 (4e éd.).

Caen donne comme motif que la nullité est d'ordre public (1); la cour de Nîmes s'exprime encore plus vaguement en disant que la nullité peut être invoquée par les tiers, puisque le contrat intéresse les tiers (2); et la cour de cassation se borne à dire qu'*en pareille matière* les tiers peuvent se prévaloir de la nullité contre les époux, comme l'un des époux peut s'en prévaloir contre l'autre, contre ses ayants cause et contre les tiers (3).

54. L'inexistence du contrat a des conséquences très-graves pour les époux et pour les tiers. A défaut de contrat, les époux sont mariés sous le régime de la communauté légale. Or, le contrat inexistant équivaut au néant. Il n'y a pas de contrat, ce qui conduit nécessairement au régime de communauté (4). Comme c'est dans les pays du Midi que l'usage existe de ne pas faire figurer la future au contrat de mariage, l'acte stipule régulièrement le régime dotal; tandis que, par suite de l'inexistence du contrat, les époux se trouveront mariés sous le régime de communauté, qu'ils ignorent et que certes ils ne voulaient point. La loi le veut pour eux, et leur vraie volonté ne peut recevoir d'effet, puisqu'elle n'a pas été légalement manifestée. Il n'y a qu'un remède au mal, c'est que les notaires, éclairés par la jurisprudence, refusent de recevoir des actes auxquels les parties ne sont pas présentes. En Belgique, cet abus n'existe pas, mais il y en a un autre, en matière d'hypothèques qui se constituent très-souvent hors de la présence du créancier. Il est donc bon d'insister sur ces pratiques illégales, afin de les extirper.

55. Il n'y a guère de contrat de mariage sans donation. Que deviennent les libéralités que les tiers font aux époux, ou que les époux se font l'un à l'autre, quand le contrat est inexistant? Il n'y a pas de contrat de mariage, et l'inexistence du contrat entraîne l'inexistence des libéralités qui s'y trouvent constatées. Cela n'est pas douteux

(1) Caen, 9 mai 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 265).
(2) Nîmes, 8 janvier 1850 (Dalloz, 1850. 2, 188).
(3) Rejet, chambre civile, 29 mai 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207).
(4) Rejet, chambre civile, 29 mai 1854 (Dalloz, 1854, 1, 207). Aubry et Rau, t. V, p. 234 et note 4, § 502, et les arrêts qu'ils citent.

quant aux donations qui ne peuvent être faites que par contrat de mariage, telles que l'institution contractuelle, ou la donation modifiée de l'article 1086; sans contrat de mariage, ces libéralités ne se conçoivent pas. Il en faudrait même dire autant de la donation de biens présents, elle doit être acceptée expressément; si la donataire est absente, il faudrait une acceptation postérieure par acte authentique avec notification; à défaut de ces formalités, la donation serait nulle (1). Les cours du Midi ont fait l'impossible pour sauver les donations. Une donation est faite, par contrat de mariage, à la future par ses père et mère; la donataire ne figure pas à l'acte. La libéralité reste valable, dit la cour de Nîmes, par la raison que la donation a été suffisamment acceptée pour la femme par le mari, son procureur général ayant pouvoir d'accepter les donations qui pourraient lui être faites (2). La cour oublie que, lors du contrat de mariage, il n'y a encore ni mari ni femme mariée, et qu'on ne peut pas considérer le futur comme le procureur général de la future. La cour oublie encore que l'acceptation doit être expresse et que si le donataire accepte par procuration, il faut que celle-ci soit expresse et authentique (art. 932 et 933). Il n'y a qu'un moyen de valider ces donations, c'est leur exécution; quand il s'agit de choses mobilières, la libéralité vaudra comme don manuel. Il en était ainsi dans l'espèce jugée par la cour de Nîmes; il fallait s'en tenir à cette raison, qui est décisive (3).

56. En supposant les libéralités valables, on demande par quelle loi elles seront régies. Appliquera-t-on les principes de la communauté légale? L'affirmative nous paraît certaine, malgré quelques dissentiments dans la jurisprudence. Quand le contrat de mariage est inexistant, le régime des époux est la communauté légale; la conséquence est que les dons mobiliers faits aux époux tombent dans

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 234 et note 5. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, n° 148.
(2) Nîmes, 30 août 1854 (Dalloz, 1856, 2, 107).
(3) Toulouse, 5 mars 1852 (Dalloz, 1853, 2, 123). Pau, 1er mars 1853 (*ibid.*, p. 124).

l'actif de la communauté; la femme donataire n'a pas le droit de les reprendre, puisqu'elle n'a pas stipulé la reprise. Vainement dirait-on que les époux ont stipulé le régime dotal, et que les donations ont été faites en vue de ce régime, donc comme devant rester propres au donataire. La réponse est simple et péremptoire : tout ce que les époux et les tiers donateurs ont voulu est réduit à néant; légalement il n'y a rien que le régime de communauté, et il serait souverainement illogique d'introduire dans ce régime une modification à laquelle les parties n'ont pas même pensé; quant au régime dotal, elles ne peuvent s'en prévaloir, puisqu'il n'existe point (1).

Constatons en terminant que ces longues controverses sont dues à l'ignorance ou à la négligence des notaires : pouvaient-ils ignorer que les parties doivent se présenter devant eux? et pourquoi n'ont-ils pas tenu la main à l'exécution de la loi?

§ III. *A quelle époque le contrat de mariage doit-il être passé?*

57. Aux termes de l'article 1394, les conventions matrimoniales doivent être rédigées avant le mariage. L'article 1395 consacre une conséquence de ce principe: « Les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. » Les auteurs du code ont suivi en cette matière les principes du droit coutumier, lequel, dit Troplong, s'est montré en ce point, comme en beaucoup d'autres, supérieur au droit romain (2). Dans les pays de droit écrit, on permettait les conventions matrimoniales pendant le mariage; le droit coutumier les prohibait, surtout par le motif qu'il défendait aux époux de se faire aucune libéralité pendant le mariage. Ce motif

(1) Toulouse, 20 juillet 1852 (Dalloz, 1853. 2, 124). Montpellier, 9 decembre 1853 (Dalloz, 1855. 2, 112). Pau, 1er mars 1853, et Cassation, 9 janvier 1855 (Dalloz, 1855, 1, 28). L'arrêt de Pau est très-bien motivé, il a été cassé pour une autre raison. En sens contraire, Toulouse, 5 mars 1852 (Dalloz, 1853. 2, 123), et Nîmes, 30 août 1854 (Dalloz, 1856, 2, 107).

(2) Duranton, t. XIV, p. 30, n° 36. Troplong, t. I, p. 107, n° 170-173.

vient à tomber, le code ayant permis aux époux de se faire des donations, mais en les déclarant révocables. Les raisons pour lesquelles les coutumes prohibaient les donations entre époux ont porté le législateur moderne à maintenir la défense des conventions matrimoniales pendant le mariage. Il est de l'essence de tout contrat que le consentement soit libre; or, il ne l'est plus, pendant le mariage, entre époux; ils pourraient abuser, soit de l'affection, soit du pouvoir, pour extorquer des conventions qui seraient lésionnaires pour l'un par cela seul qu'elles seraient trop favorables à l'autre. L'intérêt des tiers exige aussi qu'il y ait des conventions certaines, immuables; à partir de la célébration du mariage, on peut les leur opposer; il importe donc qu'ils puissent les connaître et qu'ils n'aient pas à redouter des changements incessants. L'orateur du gouvernement insiste sur les fraudes auxquelles donnait lieu le principe romain : le passé, dit Berlier, n'en a offert que trop d'exemples; la loi nouvelle les préviendra (1).

58. Le principe établi par l'article 1394 est-il applicable aux contrats de mariage que les Français passent en pays étranger? La cour de cassation pose comme principe que la détermination de l'époque à laquelle doit intervenir le contrat de mariage, comme tout ce qui tient à sa forme extérieure, est soumise à la règle *Locus regit actum* (2). Cela est très-vrai quand il s'agit d'un contrat non solennel; mais, dans les contrats solennels, la forme et tout ce qui y touche sont de la substance du contrat. Des conventions matrimoniales faites après la célébration du mariage ne sont pas un contrat de mariage. Il faut donc appliquer à l'époque ce que nous avons dit de l'authenticité des actes reçus à l'étranger (n° 49). On objecte que les dispositions des articles 1394 et 1395 ne créent pas une incapacité personnelle de contracter et ne forment, par conséquent, pas un statut personnel qui suive, comme tel, les Français en pays étranger (3). C'est mal poser la question : la

(1) Berlier. *Exposé des motifs*, n° 8 (Locré, t. VI, p. 390). Siméon. *Discours*, n° 15 (Locré, t. VI, p. 461).
(2) Cassation, 11 juillet 1855 (Dalloz, 1856, 1, 9).
(3) Montpellier, 25 avril 1844 (Dalloz, 1845, 2, 36). Aubry et Rau, t. V, p. 252 et note 2, § 503 *bis*.

maxime *Locus regit actum* constitue une loi à part que l'on ne peut classer ni dans les statuts personnels ni parmi les statuts réels ; c'est un statut particulier qui doit être interprété d'une manière différente, selon la diversité des actes (t. Ier, nos 99-104).

59. On suppose que des conventions matrimoniales soient rédigées après la célébration du mariage. Seront-elles nulles? La nullité n'est guère douteuse ; il est vrai que la loi ne la prononce pas, mais les motifs qui ont fait établir la prohibition de l'article 1394 sont d'une telle gravité, que l'on doit admettre la nullité virtuelle fondée sur l'intention évidente du législateur (1). Nous croyons qu'il faut aller plus loin et déclarer inexistantes les conventions postérieures au mariage. En effet, l'époque à laquelle un acte doit être dressé tient à la forme, donc à la solennité dans les contrats solennels, ce qui décide la question. Si la solennité est de la substance de l'acte, il en est de même de l'époque à laquelle les formalités doivent être remplies. Cela est aussi fondé en raison ; la loi suppose que le consentement n'existerait pas s'il était donné après le mariage ; il y aurait consentement apparent ; en réalité, l'un des époux au moins ferait ce qu'il ne veut pas faire ; donc il n'y a ni consentement ni contrat.

60. Les conséquences du principe sont celles que nous avons déduites plus d'une fois. On lit dans un excellent ouvrage que la nullité d'un contrat de mariage résultant de ce qu'il a été rédigé postérieurement au mariage ne peut, pendant le mariage, être couverte par aucune confirmation, ni expresse, ni tacite. A vrai dire, il ne peut pas s'agir de confirmation. Le contrat est inexistant, et, comme tel, il ne peut être confirmé. Lors de la célébration du mariage, il n'y avait point de contrat, donc les époux se sont mariés sous le régime de la communauté légale ; l'acte dressé postérieurement au mariage viendrait donc changer la convention tacite consentie par les époux en se mariant ; or, les conventions matrimoniales, expresses

(1) Voyez le tome Ier de mes *Principes*, p. 102, nos 67 et 68.

ou tacites, sont immuables, comme nous le dirons plus loin. Donc la prétendue confirmation ne se conçoit pas, puisque ce serait une convention matrimoniale faite pendant le mariage, ce que la loi prohibe. MM. Aubry et Rau ajoutent qu'après la dissolution du mariage rien ne s'oppose à la confirmation du contrat dressé pendant le mariage; ils en concluent qu'à partir du décès de l'un des époux l'action en nullité se prescrit par dix ans. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (1). Nous croyons que le principe et la conséquence sont en opposition avec la notion même de confirmation. La confirmation suppose qu'il y a un vice et une action en nullité qui en résulte, donc un contrat qu'il faut attaquer parce qu'il a une existence légale. Toutes ces conditions font défaut dans l'espèce : il n'y a pas de contrat de mariage, il y a le régime de communauté légale que les époux ont adopté en se mariant sans faire de contrat. Le prétendu contrat que les époux ont rédigé pendant le mariage n'a pas d'existence légale; si l'on veut appeler cela un vice, c'est un vice irréparable; il n'y a donc pas lieu à une action en nullité; on ne conçoit pas même que l'on demande la nullité du néant. On ne conçoit pas davantage la confirmation du prétendu contrat fait pendant le mariage, si l'on considère les effets de la confirmation. Elle rétroagit en ce sens que le contrat confirmé est considéré comme ayant toujours été valable. Si donc on admettait la confirmation du contrat passé après la célébration du mariage, il y aurait un contrat de mariage valable dressé pendant le mariage, et ce contrat dérogerait à la communauté légale que les époux ont consentie en se mariant sans contrat! Autant de suppositions, autant d'hérésies. Ce que l'on appelle une confirmation du contrat de mariage est, en réalité, une convention nouvelle que les parties intéressées peuvent faire comme elles l'entendent, puisqu'il ne s'agit que d'intérêts purement privés. Il suit de là qu'il ne peut pas être question de la prescription de dix ans, qui n'est autre chose qu'une confirmation tacite.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 253 et note 4. § 503 *bis*. Rejet, 31 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 310).

61. On demande qui peut se prévaloir de la nullité des conventions matrimoniales rédigées pendant le mariage, et on répond que la nullité peut être opposée par toute partie intéressée (1). Dans notre opinion, la question doit être posée autrement, bien que nous aboutissions à la même conclusion. Le contrat est plus que nul, il est inexistant; or, toute personne intéressée peut toujours demander qu'un contrat qui n'a pas d'existence légale soit déclaré inexistant, il n'est pas même besoin d'agir en justice; on peut, à toute époque, opposer l'inexistence de l'acte par voie d'exception (2).

62. Les graves conséquences qui découlent de l'inexistence du contrat dressé postérieurement à la célébration du mariage donnent de l'intérêt à la question de savoir comment on peut prouver que le contrat a été dressé après le mariage. Pour que la difficulté se présente, il faut supposer que les conventions matrimoniales ont été rédigées le jour de la célébration du mariage; dès qu'il y a un intervalle entre les deux actes, la date est établie par les actes, qui, authentiques l'un et l'autre, font foi de leur date jusqu'à inscription de faux. On ne pourrait donc prouver, qu'en s'inscrivant en faux, qu'un contrat de mariage portant une date antérieure à la célébration du mariage a été rédigé postérieurement. Mais si les deux actes sont du même jour, il est incertain si le contrat de mariage a été dressé avant la célébration du mariage. Il va sans dire que les parties intéressées sont admises à prouver que le contrat de mariage est postérieur. La difficulté est de savoir comment se fera cette preuve. Si le contrat ne contient aucune indication à cet égard, les parties intéressées seront admises à prouver par témoins le moment de la rédaction; car c'est là un fait matériel qui, par lui-même, ne produit aucune conséquence juridique, et les faits matériels se prouvent toujours par témoins. Mais d'ordinaire le contrat de mariage qualifie les parties contractantes de futurs époux, et le notaire y

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 253, § 503 *bis* (4e éd.).
(2) Comparez Rejet, chambre civile, 18 août 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 312).

déclare que c'est en vue du mariage qu'ils se proposent de contracter, qu'ils font des stipulations matrimoniales. Faudrait-il s'inscrire en faux contre ces mentions, ou la preuve testimoniale est-elle admissible? La question a été décidée en ce dernier sens par la cour de cassation; nous croyons qu'elle a bien jugé, mais il importe de préciser les vrais motifs de décider. Dans l'espèce, l'acte de célébration du mariage avait été dressé à huit heures du matin. Le même jour, fut passé un contrat de mariage par-devant notaire : les contractants y sont plusieurs fois qualifiés de futurs époux; l'acte porte que, dans la vue du mariage proposé, les parties en ont arrêté les conventions civiles comme suit : elles adoptent le régime dotal, et la future se constitue une dot. Ce contrat a été attaqué après le décès de la femme, comme ayant été fait après la célébration du mariage. Le procès roula sur la question de savoir si la preuve testimoniale était admise ou s'il fallait s'inscrire en faux.

Pour décider la difficulté, il faut avant tout déterminer le caractère des mentions d'où l'on induisait que le contrat avait été reçu avant la célébration du mariage. Etaient-elles l'œuvre du notaire, ou l'officier public n'avait-il fait que constater les déclarations des parties? La rédaction de l'acte est certainement l'œuvre du notaire, puisque c'est lui qui le dresse; quant aux parties, elles se bornent, dans un contrat de mariage, à faire connaître au notaire les conventions qu'elles entendent faire relativement à leurs biens; elles ne sont pas tenues de déclarer si elles sont ou non mariées; le notaire suppose naturellement qu'elles ne le sont pas, puisque les conventions matrimoniales doivent précéder le mariage; c'est dans cette supposition qu'il les qualifie de futurs époux et qu'il parle de l'union qu'elles se proposent de contracter. Ainsi les mentions d'où l'on voulait induire que le contrat de mariage avait été reçu avant le mariage étaient l'œuvre du notaire. Cela décide la question. Le notaire ne peut mentionner que les faits qu'il a mission de constater; or, la loi ne le charge pas de constater si le mariage a été ou non célébré; donc toutes les mentions qui auraient pour objet

d'établir ce fait sont étrangères à l'acte; par suite elles ne font aucune foi, pas même la foi d'un témoignage. C'est l'application des principes généraux qui régissent la force probante de l'acte authentique (t. XIX, n° 132). La conséquence est que l'on ne doit pas s'inscrire en faux contre l'acte et que la preuve testimoniale est admissible.

La cour de Riom et la cour de cassation se sont placées sur un autre terrain. Elles considèrent les mentions relatives au futur mariage comme des énonciations étrangères à la disposition et ne faisant foi, à ce titre, que de commencement de preuve par écrit, donc ne faisant pas foi jusqu'à inscription de faux. Cela ne nous paraît pas exact. Les énonciations dont parle l'article 1320 sont des déclarations émanées des parties dont le notaire dresse acte, tandis que nous supposons que les mentions émanent du notaire.

On se prévalait encore, dans ce débat, de l'article 1341 qui rejette toute preuve par témoins contre et outre le contenu aux actes. Il nous semble que cette disposition est étrangère à la question. Elle suppose que les parties veulent se prévaloir de ce qui aurait été convenu lors de la rédaction de l'acte, sans y avoir été inséré; il s'agit donc de clauses du contrat, tandis que le fait litigieux n'avait rien de commun avec les conventions matrimoniales; on ne pouvait donc pas dire que les parties qui demandaient à prouver l'antériorité du mariage voulaient prouver contre le contenu en l'acte (1).

63. Le principe que le contrat de mariage postérieur au mariage est inexistant ne doit pas être entendu en ce sens que l'acte contenant les conventions matrimoniales est également inexistant. Il ne faut pas confondre les conventions matrimoniales avec l'écrit qui les constate. L'écrit peut être valable en la forme, quoique la convention qu'il renferme soit nulle ou inexistante. Et si l'acte, comme tel, est valable, il en résultera que les conventions étrangères au mariage qu'il contient seront valables; pour mieux

(1) Riom, 11 janvier 1837, et Rejet, chambre civile, 18 août 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 312). Dans le même sens, Aubry et Rau, t. V, p. 253 et note 3; Troplong, t. I, p. 108, n° 177.

dire, l'acte prouvera l'existence de ces conventions, si ce sont des contrats non solennels, tels qu'une vente ou un bail. Il faut dire plus : les donations qu'un tiers ferait, dans cet acte, aux époux seraient valables si les formes requises pour les donations avaient été observées. En effet, les donations faites par des tiers peuvent être reçues par un acte authentique ordinaire, et nous supposons que l'acte vaut comme authentique; nous supposons aussi que la donation a été acceptée, car, l'acte étant inexistant comme contrat de mariage, le donataire ne pourrait pas invoquer l'article 1087, qui dispense de l'acceptation expresse les donations faites par contrat de mariage. Quant aux donations qui ne peuvent se faire que par contrat de mariage, telles que l'institution contractuelle, il va sans dire qu'elles tomberaient avec le contrat de mariage, en dehors duquel elles n'ont pas d'existence légale (1).

Il a été jugé que le contrat de mariage, quoique nul pour avoir été rédigé après la célébration du mariage, faisait néanmoins preuve des apports des époux. Dans l'espèce, le contrat avait été dressé cinq jours après le mariage; la cour relève cette circonstance, puis elle décide que l'acte ne peut valoir que comme constatation des faits qu'il renferme, notamment de l'apport fait par la femme d'une somme de 100,000 francs (2). La décision est très-juridique. En principe, l'acte notarié, que nous supposons valable comme tel, fait preuve, à titre d'acte authentique, des faits qui y sont constatés, sauf que les conventions matrimoniales sont inexistantes. L'apport n'est pas une convention matrimoniale proprement dite, il concerne le montant de la dot ou des biens de la femme; l'acte constate donc ou une libéralité, ce qui rentre dans l'hypothèse que nous venons d'examiner, ou les biens que la femme possédait en se mariant, ce qui peut se faire par acte authentique, indépendamment des conventions ma-

(1) Rejet, chambre civile, 11 novembre 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 306). Aubry et Rau, t. V, p. 253 et suiv. et note 5, § 503 *bis* (4e édit.).

(2) Riom, 24 août 1846 (Dalloz, 1847, 4, 110). Aubry et Rau, t. V, p. 254, § 503 *bis*.

trimoniales. C'est le droit commun, mais la preuve qui résulte d'un acte est une question d'interprétation; donc les faits et les circonstances de la cause doivent être pris en considération. Si l'écrit était postérieur de plusieurs années à la célébration du mariage, la constatation de l'apport deviendrait suspecte et, par suite, les juges pourraient ne pas admettre l'acte comme preuve de l'apport. Il serait bien prouvé, jusqu'à inscription de faux, que la femme a déclaré faire tel apport, mais la vérité de cette déclaration pouvant être combattue par la preuve contraire, le juge resterait, en définitive, libre d'admettre l'apport ou de le rejeter.

§ IV. *De l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.*

N° 1. NULLITÉ DES CHANGEMENTS.

64. Aux termes de l'article 1395, les conventions matrimoniales ne peuvent recevoir aucun changement après la célébration du mariage. Cette disposition déroge au droit commun; bien que les conventions tiennent lieu de loi aux parties, celles-ci peuvent les révoquer de leur consentement mutuel (art. 1134). Pourquoi le code ne permet-il pas aux époux de revenir sur leur consentement? Nous avons dit les raisons pour lesquelles les conventions matrimoniales ne peuvent pas être rédigées pendant le mariage; ces mêmes raisons s'opposent à ce que le contrat fait avant le mariage soit changé pendant le mariage. En effet, tout changement à une convention matrimoniale est lui-même une convention matrimoniale; il ne peut donc pas plus y avoir de changement que de convention première (1).

65. L'article 1395 contient une prohibition sans la sanctionner par la peine de la nullité. Sauf le dissentiment de Toullier, tous les auteurs s'accordent à enseigner

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 17, n° 11 *bis* XI.

que les changements que les époux apporteraient à leurs conventions matrimoniales après la célébration du mariage sont nuls. Nous croyons inutile de discuter l'opinion de Toullier; on sait que son traité sur le Contrat de mariage, ouvrage de sa vieillesse, est rempli d'erreurs ou de paradoxes : quelle utilité y aurait-il à combattre, après tant d'autres, des opinions qui n'ont jamais trouvé d'écho ni dans la doctrine, ni dans la jurisprudence (1)?

Les auteurs ne s'expliquent pas sur le point de savoir si les changements sont nuls ou inexistants. Si l'on admet l'opinion que nous avons enseignée sur les conventions matrimoniales qui seraient dressées après la célébration du mariage, il faut admettre que les changements n'ont pas d'existence légale, car ils constituent une convention matrimoniale. Les motifs de décider sont identiques. Si les auteurs du code veulent que le contrat soit immuable une fois que le mariage est célébré, c'est parce que le consentement donné par les époux serait vicié dans sa substance, leur volonté n'étant pas libre. Il est vrai que la violence vicie seulement le contrat, sans le rendre inexistant; mais, dans l'espèce, il n'y a pas de violence proprement dite, l'influence de l'un des époux sur l'autre peut être telle, qu'il y ait absence de consentement, ce qui entraîne l'inexistence de l'acte (n° 59).

66. L'article 1395 parle des *conventions* matrimoniales. En faut-il conclure que le principe de l'immutabilité ne s'applique qu'au contrat de mariage dressé par acte notarié? Non, certes; les époux qui se marient sans contrat font aussi des conventions matrimoniales; ce que la loi appelle communauté *légale* n'est autre chose qu'un régime convenu tacitement par les époux. Le texte de l'article 1395 reçoit donc son application : il y a des conventions matrimoniales, partant elles ne peuvent être changées. Quant à l'esprit de la loi, il n'est point douteux. La communauté légale qui existe à défaut de contrat est le régime de droit commun; il doit être à l'abri de tout chan-

(1) Toullier, t. VI, 2. p. 26, nos 24-41. En sens contraire. Demante, dans *la Thémis*, t. VIII, p. 229. Duranton, t. XIV. p. 31, n° 38. et tous les auteurs

gement. aussi bien que le régime que les époux auraient stipulé par acte notarié. Le code le dit implicitement dans l'article 1404, comme nous l'expliquerons plus loin. C'est la tradition, et la chose n'est point douteuse (1).

67. Le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales signifie que les époux ne peuvent par aucun acte y déroger, quel que soit cet acte. Il a été jugé qu'un testament ne pouvait déroger à un contrat de mariage. Cette décision, quoique l'article 1395 y soit visé, est moins une application du principe de l'irrévocabilité qu'une conséquenee des droits qui sont acquis en vertu du contrat de mariage. Le contrat stipulait que la communauté n'aurait lieu qu'entre les époux et les enfants qui naîtraient de leur mariage; les époux déclaraient formellement l'exclure à l'égard de leurs héritiers collatéraux. Aucun enfant ne naquit du mariage; la femme décéda, laissant un testament par lequel elle léguait ses propres et sa part dans les acquêts à ses héritiers et les appelait, en conséquence, au partage de la communauté. C'était porter atteinte à un droit acquis du mari et de ses héritiers; comme le dit la cour de cassation, en disposant des acquêts, la femme disposait réellement de la chose d'autrui. La cour dit aussi que l'arrêt attaqué avait fait une juste application de l'article 1395 (2). Il nous semble que cet article était hors de cause, il suppose une nouvelle convention qui déroge à la première; or, il n'y avait aucune convention nouvelle, donc pas de contre-lettre proprement dite.

68. Il a été jugé que les conventions qui dérogent au contrat de mariage peuvent être ratifiées, c'est-à-dire confirmées après la dissolution du mariage par l'exécution qui leur est donnée (3). Cela suppose que les conventions dérogatoires sont seulement nulles, c'est-à-dire qu'elles donnent lieu à une action en nullité, à laquelle les parties intéressées peuvent renoncer en confirmant l'acte. Si l'on admet, comme nous l'avons dit (n° 65), que les conventions postérieures au mariage sont inexistantes, il ne

(1) Pothier. *Introduction* au *Traité de la communauté*, n° 18.
(2) Rejet. 27 mai 1817 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 344).
(3) Metz, 26 novembre 1823 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 387)

peut être question de les confirmer; tout ce que les parties peuvent faire, c'est de régler leurs intérêts conformément à ces conventions; ce ne sera pas une confirmation, ce sera un nouveau contrat. Nous renvoyons à ce qui vient d'être dit sur le contrat que les époux feraient après la célébration du mariage (n° 60).

N° 2. QUAND Y A-T-IL CHANGEMENT?

69. La loi défend de rédiger le contrat de mariage après la célébration du mariage et, par suite, elle prohibe tout changement qui y serait apporté après que le mariage est célébré (art. 1394 et 1395); il suit de là que toute convention relative aux droits matrimoniaux faite pendant le mariage est inexistante, soit comme convention nouvelle, soit comme convention dérogatoire au contrat fait avant le mariage. Sur les conventions nouvelles, il n'y a aucun doute; mais il y a de nombreuses contestations sur les changements. Tout changement implique une dérogation, soit que l'on ajoute, soit que l'on retranche, soit que l'on modifie le contrat préexistant. Pour qu'il y ait changement, il faut donc que la convention nouvelle et la convention première ne puissent pas coexister. Il n'est pas nécessaire que la dérogation soit directe; quand la loi défend de faire une convention directement, elle prohibe par cela même de la faire indirectement. C'est le droit commun, et le code en fait l'application dans l'article 1404 que nous expliquerons plus loin (1).

70. Pothier dit que les conventions qui ne seraient qu'explicatives du contrat de mariage et qui ne contiendraient rien de nouveau seraient valables. Il est de l'essence de l'interprétation de ne rien contenir de nouveau, ni de contraire à la convention interprétée; si donc l'acte interprétatif ne dépasse pas les limites de l'interprétation, elle sera valable, en ce sens qu'elle n'est pas contraire à l'article 1395. Est-ce à dire que la convention interprétative aura la même force que le contrat interprété? S'il

(1) Gand, 27 décembre 1867 (*Pasicrisie*, 1868, 2, 90).

s'agissait d'une convention ordinaire, il faudrait répondre affirmativement, parce que le consentement mutuel des parties contractantes suffit pour révoquer les conventions comme pour les former. Il n'en est pas de même des contrats solennels; ils n'ont d'existence légale que lorsqu'ils ont été faits avec les solennités prescrites par la loi; il est donc impossible qu'une convention interprétative rédigée pendant le mariage ait l'effet d'une convention matrimoniale; dès lors elle n'oblige pas le juge, il n'est lié que par le contrat primitif antérieur au mariage; c'est dire que l'interprétation, fût-elle consentie par les deux époux, ne serait pas valable comme convention matrimoniale; elle n'aurait qu'une autorité de raison (1). C'est sans doute pour ce motif que les parties ne font pas de convention interprétative; du moins la jurisprudence n'en offre pas d'exemple.

71. La prohibition établie par les articles 1394 et 1395 s'applique à toute espèce de *conventions matrimoniales*. Nous avons déjà dit qu'il ne suffit pas, pour qu'une convention soit matrimoniale, qu'elle soit constatée par le contrat de mariage. Quand un contrat étranger au mariage est dressé dans le même acte qui contient les conventions matrimoniales, il y a deux contrats distincts, régis chacun par les principes que la loi établit; aux conventions matrimoniales on applique les articles 1394 et 1395, les autres restent sous l'empire du droit commun (2). La cour de Nîmes a méconnu cette distinction qui résulte de la nature des choses. Par contrat de mariage, la future afferme ses immeubles à ses père et mère; postérieurement elle fait à ceux-ci remise du prix du bail. La cour a jugé que cette remise est un changement aux conventions matrimoniales et, par conséquent, nulle (3). Qu'est-ce qu'un bail a de commun avec le mariage et les droits des époux quant à leurs biens? Toutefois la déci-

(1) Pothier, *Introduction au Traité de la communauté*, n° 13. Marcadé, t. V, p. 428, n° IV de l'article 1397. Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 90. n° 138.
(2) Troplong, t. I, p. 121. n° 221.
(3) Nîmes, 7 février 1852 (Dalloz, 1855, 5, 112).

sion peut être juste si, en vertu du contrat de mariage, les fermages appartenaient au mari, à titre de fruits, pour l'aider à supporter les charges du ménage; la notice nous laisse dans l'incertitude sur ce point : elle ne dit pas s'il s'agissait d'un bien dotal ou paraphernal, ni même sous quel régime les époux étaient mariés (1).

72. La prohibition s'applique-t-elle aux donations que renferme le contrat de mariage? Les libéralités sont les plus usuelles des conventions matrimoniales, elles se rapportent directement au mariage, qu'elles ont pour objet de favoriser; ce sont donc des conventions matrimoniales dans le sens des articles 1394 et 1395. Pothier cite comme exemple des conventions qui se trouvent ordinairement dans un contrat de mariage, les institutions contractuelles; puis il dit, en traitant des caractères propres aux conventions matrimoniales, qu'il n'est pas permis aux parties d'y déroger en rien, une fois le mariage célébré, et il comprend dans cette règle les donations portées par le contrat de mariage (1). La cour de cassation a jugé, en conséquence, que la convention par laquelle le mari consent que la donation à lui faite en pleine propriété pour le cas de survie par sa femme soit réduite à l'usufruit des biens donnés, est un changement aux conventions matrimoniales et, comme tel, frappé de nullité (2). On soutenait que l'article 1394 ne s'appliquait qu'aux conventions matrimoniales proprement dites, et non aux donations par contrat de mariage. La cour répond que la loi est absolue et ne distingue point. Dans l'espèce, il ne pouvait y avoir de doute, puisque le contrat portait que les futurs époux faisaient du don litigieux une disposition contractuelle, une disposition de leur mariage destinée à resserrer les liens de leur communauté légale. Tel est, exprimé ou non, le caractère de toutes les libéralités qui se font par contrat de mariage.

73. La prohibition s'applique-t-elle aux conventions que les époux font avec des tiers? Oui, si ces conventions

(1) Pothier. *Introduction au Traité du contrat de mariage*, n°s 2 et 18.
(2) Rejet, 9 novembre 1824 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 324).

dérogent à une convention matrimoniale. En effet, la loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Il n'y a aucun doute quand le tiers a été partie au contrat de mariage et que c'est la clause où il figure qui se trouve modifiée ou abrogée par la convention nouvelle. Par exemple, dit Toullier, si le mari à qui son père ou un étranger avait promis une dot s'engageait à ne pas exiger cette somme; c'est une dérogation à une convention matrimoniale, parce qu'il est certain que les libéralités portées au contrat de mariage sont la loi sous laquelle l'union a été contractée (1). Nous dirons plus loin quel est l'effet des conventions que les époux font avec des tiers qui n'ont pas été parties au contrat de mariage.

Pour le moment, il suffit de constater que le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales n'empêche pas les époux de contracter avec des tiers à titre onéreux ou gratuit. L'irrévocabilité de ce qui a été convenu par contrat de mariage n'est pas l'incapacité de contracter, en laissant ces conventions intactes. Sinon on aboutirait à immobiliser la condition des biens, tels qu'ils existent lors de la célébration du mariage : les époux ne pourraient ni vendre, ni donner à bail, ni faire aucune espèce de convention relative à leurs biens, parce que toute nouvelle convention apporte une innovation à l'état de choses qui existait lors du contrat de mariage. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi en principe, et la chose n'est pas douteuse (2).

74. Le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales s'oppose-t-il à ce que de nouvelles donations soient faites aux époux? Non, certes; les époux peuvent acquérir à titre gratuit et à titre onéreux; ces nouvelles acquisitions sont une augmentation de fortune, mais ne modifient pas les conventions matrimoniales. Si les époux sont mariés sous le régime de la communauté, l'association conjugale se trouvera plus riche, soit en capital, soit en revenus, mais rien ne sera changé au régime. Il en

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 54, n° 62. Aubry et Rau, t. V, p. 255, note 12.
(2) Bruxelles, 9 mars 1853 (*Pasicrisie*, 1853, 2, 186).

serait ainsi, alors même que la donation nouvelle serait faite par ceux qui ont doté les époux par contrat de mariage. Quand la fortune des parents augmente, ils donnent une dot plus considérable aux enfants qui se marient depuis qu'ils sont devenus plus riches; l'équité veut, dans ce cas, que l'égalité soit rétablie entre les enfants mariés antérieurement et les nouveaux mariés, ce qui se fait par un augment de dot accordé aux premiers. Cette libéralité ne déroge pas à celle que le donateur a déjà faite; celle-ci reste entière, on n'y touche pas, il n'y a donc pas de changement apporté à une convention matrimoniale (1).

La jurisprudence est en ce sens. Par contrat de mariage, le futur reconnaît avoir reçu 30,000 livres assignats, montant des apports de la future épouse. Un acte notarié, dressé pendant le mariage, constate que la belle-mère a payé au mari, depuis son mariage, une somme de 50,000 livres en espèces métalliques; la mère déclare faire donation de cette somme à sa fille. Un ordre s'étant ouvert sur les biens du mari, la femme demanda à être colloquée pour une somme de 80,000 francs. Le mari opposa que l'acte portant quittance de 50,000 francs était une contre-lettre et nulle comme telle. Cette prétention, admise par la cour d'appel, fut rejetée par la cour de cassation; c'était un augment de dot, et un augment de dot n'est pas un changement aux conventions matrimoniales (2).

La cour de cassation a fait l'application du même principe à une espèce qui présentait quelque doute. Le père du futur lui avait fait donation de 250,000 francs par contrat de mariage, à titre d'avancement d'hoirie et avec stipulation du droit de retour en cas de prédécès du donataire et de ses enfants. Plus tard, les père et mère firent le partage de leurs biens entre leurs enfants par donation entre-vifs; le donataire qui avait reçu 15,000 francs sur la dot en rapporta 5,000 à la succession, les 10,000 res-

(1) Duranton, t. XIV, p. 81, n° 72.
(2) Cassation, 1er juin 1814 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 350). Comparez Bordeaux, 30 mai 1859 (Dalloz, 1859, 2, 188).

tants formèrent son lot avec des immeubles. Résultait-il de l'acte de partage que le père renonçait à la clause de retour? et cette renonciation était-elle valable? La cour de cassation décida les deux questions affirmativement, en cassant l'arrêt de la cour de Montpellier qui avait maintenu la clause de retour par application des articles 1394 et 1395. Il n'y avait pas de changement aux conventions matrimoniales, dit la cour, parce que le partage-donation, loin de porter atteinte à la libéralité faite à l'enfant, la réalisait par un rapport suivi de l'attribution définitive d'une part plus étendue dans l'hoirie. Il y a un autre motif de décider qui nous paraît péremptoire : renoncer au droit de retour, c'est rendre irrévocable une libéralité sujette à résolution ; c'est donc une augmentation de dot, ce qui ne constitue pas un changement aux conventions matrimoniales (1).

Si le donateur peut augmenter la libéralité portée au contrat de mariage sans violer le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, à plus forte raison peut-il accorder des garanties pour le payement de la dot. La cour de Paris l'a jugé ainsi dans une espèce où le contrat de mariage portait que les père et mère ne pouvaient être tenus de fournir aucune garantie ni hypothèque pour sûreté de la dot. Une hypothèque fut néanmoins consentie ; le mari se présenta à l'ordre pour la dot de la femme ; les créanciers opposèrent le contrat de mariage et le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. La cour de Paris répond que l'hypothèque n'apporte aucun changement au contrat de mariage ; tout ce qui résulte de la clause invoquée par les créanciers, c'est que les père et mère ne pouvaient être forcés d'accorder une hypothèque, mais ils restaient libres de le faire ; c'était un augment de dot, ce qui ne porte aucune atteinte à l'irrévocabilité des conventions matrimoniales (2).

75. Les libéralités qu'un tiers fait aux époux pendant

(1) Cassation, 19 janvier 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 354).

(2) Paris, 15 juillet 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 352). Comparez Bordeaux, 29 mars 1851 (Dalloz. 1852, 2, 111).

leur mariage soulèvent une autre difficulté : le donateur est-il lié par le contrat de mariage ou peut-il y déroger? En principe, il faut répondre que le donateur est libre de faire la libéralité sous telle condition qu'il veut; c'est le droit du propriétaire qui dispose de sa chose comme il l'entend; on ne peut pas lui opposer le contrat de mariage, c'est pour lui *res inter alios acta.* Vainement dira-t-on que les tiers peuvent se prévaloir des conventions matrimoniales et que, par suite, on doit avoir le droit de s'en prévaloir contre eux. Cela est vrai des tiers qui, en qualité de créanciers, réclament un droit sur les biens de leurs débiteurs; leurs droits contre le mari ou contre la femme sont déterminés par le contrat de mariage, on peut donc le leur opposer. Mais le donateur ne réclame aucun droit sur les biens des époux, il augmente leur patrimoine; or, il peut gratifier qui il veut et sous telles conditions qu'il lui plaît (1). Le code consacre ces principes. Aux termes de l'article 1401, le mobilier qui échoit aux époux par donation entre dans l'actif de la communauté légale, mais la loi permet au donateur « d'exprimer le contraire »; elle lui permet donc de donner sans être lié par le contrat de mariage tacite que les époux ont fait en se mariant sans contrat (2).

La jurisprudence est d'accord avec la doctrine. Il a été jugé que le donateur ou le testateur peuvent, non-seulement déclarer que les biens donnés n'entreront pas en communauté, mais encore que les revenus seront perçus par la femme sur ses seules quittances et sans le concours du mari (3). Quand la femme est mariée sous le régime dotal, ses biens sont inaliénables; le donateur peut disposer en sa faveur sous la condition que les biens donnés seront aliénables. Sur ce dernier point, il y a un arrêt contraire de la cour de Nîmes; elle se fonde sur le caractère de la dot sous le régime dotal; la dot est d'ordre

(1) Troplong, t. I, p. 74, nos 68 et 69, et p. 122, nos 224-226.
(2) Comparez le tome XI de mes *Principes*, p. 586, no 447.
(3) Rejet, cour de cassation de Belgique, 6 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 424), et les arrêts cités par Dalloz au mot *Contrat de mariage*, no 356; nous y reviendrons.

public, comme le disent les jurisconsultes romains : *Interest reipublicæ dotes mulierum salvas permanere* (1). Cette décision n'a point trouvé faveur (2); la cour a oublié que nous sommes régis, non par les XII Tables, mais par le code civil, et notre législation n'admet point que la dot soit de droit public : Si le contrat de mariage porte que les immeubles dotaux ne pourront être aliénés qu'à charge de remploi, le disposant peut dispenser la femme du remploi pour les biens qu'il lui donne ou lègue; il n'est pas lié par le contrat de mariage. La question, comme le dit la cour de Rouen, devait donc être réglée, dans l'espèce, non par le contrat de mariage, mais par le testament (3).

Nous disons que le donateur et le testateur peuvent mettre à leur libéralité telle condition qu'ils veulent; il y a une restriction qui va de soi, c'est que la condition doit être licite, toute condition contraire aux lois étant réputée non écrite. C'est d'après ce principe qu'il faut décider la question de savoir si le disposant peut léguer des biens à une femme mariée sous le régime de la communauté, sous la condition que ces biens seront inaliénables. La cour de Caen a décidé que la condition était nulle comme contraire à l'irrévocabilité des conventions matrimoniales : il ne dépend pas du testateur, dit l'arrêt, de rendre inaliénables des biens qui, d'après le contrat de mariage, peuvent être aliénés (4). La raison ne nous paraît pas bonne. Le testateur peut déclarer aliénables des biens qui, d'après le contrat de mariage, devraient être dotaux, c'est-à-dire inaliénables ; s'il n'est pas lié par le régime dotal, pourquoi serait-il lié par le régime de communauté? Reste à savoir si la condition d'inaliénabilité est licite; nous renvoyons à ce qui a été dit ailleurs, et nous y reviendrons encore plus loin.

(1) Nîmes, 18 janvier 1830 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 359)
(2) Bellot des Minières, t. IV, p. 40.
(3) Rouen, 7 février 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 358).
(4) Caen, 18 décembre 1849 (Dalloz, 1851, 2, 233).

N° 3. APPLICATIONS.

I. *Changement de régime.*

76. Que les époux ne puissent pas changer de régime, cela est d'évidence : ce ne serait pas changer le contrat de mariage, ce serait l'abroger. Ils ne peuvent pas davantage y apporter un changement partiel. D'après l'article 1581, les époux mariés sous le régime dotal peuvent stipuler une société d'acquêts ; mais s'ils se soumettent au régime dotal pur et simple, ils ne peuvent pas, pendant le mariage, y ajouter une société d'acquêts ; ce serait modifier profondément le régime stipulé par le contrat de mariage, et ce sont ces changements que la loi prohibe.

Faut-il conclure de là que les époux dotaux ne pourraient pas former une société ordinaire de biens particulière ou universelle? La question est controversée et il y a un doute. Il faut prendre, comme point de départ, le principe que les conventions matrimoniales n'empêchent pas les époux de contracter relativement à leurs biens, sauf que la femme dotale ne peut aliéner ses biens dotaux. D'un autre côté, les époux peuvent faire entre eux telles conventions qu'ils jugent convenables ; il n'y a qu'une exception à ce principe, c'est que le contrat de vente leur est défendu, sauf dans les trois cas prévus par l'article 1595. Il suit de là que rien n'empêche les époux de faire un contrat de société, fût-il universel. C'est l'avis de Duranton (1) ; il a été très-vivement combattu : c'est, dit Troplong, la dérogation la plus radicale que l'on puisse imaginer ; c'est, pour ainsi dire, passer d'un pôle à l'autre pôle, quand la loi défend de changer de place (2). Non, la loi ne défend pas aux époux de changer de place, ce serait les réduire à l'état d'immeubles ; ce qu'elle leur défend, c'est de changer leurs conventions matrimoniales. Est-ce que la société que les époux contractent les em-

(1) Duranton, t. XVII, n° 347.
(2) Troplong, t. I, p. 118, n° 210

pêche, par hasard, d'être et de rester séparés de biens? Autre chose est une société de biens régie par le droit commun, autre chose est la communauté légale ou conventionnelle. Les époux régleront leur société d'après les règles tracées au titre de la *Société*, et ils régleront leurs droits comme époux d'après leur contrat de mariage.

77. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales ne s'oppose pas seulement à un changement total ou partiel de régime; de pareilles conventions ne se font guère, parce qu'elles sont évidemment contraires à la loi. Il n'est pas permis non plus aux époux de déroger au contrat de mariage en faisant dans un cas particulier le contraire de ce que veut le contrat matrimonial.

Deux époux, mariés sous le régime de la communauté, achètent un domaine et stipulent qu'il appartiendra au survivant d'entre eux. C'est une dérogation à la communauté légale. En effet, sous ce régime, les acquêts entrent dans l'actif de la société de biens et se partagent, par conséquent, entre le survivant et les héritiers du prédécédé; tandis que, d'après la convention des époux, l'immeuble n'entrait pas dans la masse partageable, ce qui dépouillait l'un des époux ou ses héritiers d'un droit que le contrat de mariage leur assurait. Il y avait violation du contrat, donc nullité de la convention dérogatoire (1).

Le contrat de mariage stipule la communauté d'acquêts et détermine les apports des époux, notamment ceux de la femme consistant en une maison et des effets mobiliers assez importants. Par acte sous seing privé, antérieur à la célébration du mariage, la femme vend à son mari la maison et le mobilier. L'acte n'avait point date certaine; mais quelle que fût la véritable date, il était frappé de nullité comme changeant les conventions matrimoniales. On objectait que rien n'était changé à la communauté d'acquêts : que la maison et le mobilier fussent la propriété du mari ou celle de la femme, peu importait, puisque la communauté profitait toujours des fruits et revenus. La cour de cassation et, sur renvoi, la cour d'Agen n'ont pas

(1) Lyon, 21 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 2, 223)

admis cette doctrine. Le régime concerne non-seulement, en cas de communauté, les biens qui y entrent, mais aussi les biens qui en sont exclus, les propres des époux. Si le contrat de mariage porte que la femme a en propre telle maison et tels effets mobiliers et si ensuite la femme vend ces biens à son mari, il en résulte que la femme n'a plus d'apports; les apports de la femme deviennent les apports du mari; il y a plus que modification et dérogation au contrat de mariage, il y a interversion et abrogation de la clause des apports, donc nullité (1).

L'article 1543 contient une application du principe de l'immutabilité au régime dotal. Il porte que la dot ne peut être constituée ni même augmentée durant le mariage. Cela veut dire que c'est le contrat de mariage qui doit déterminer quels biens sont dotaux; les biens qui ne sont pas dotaux sont paraphernaux et restent tels; donc après la célébration du mariage, il ne peut pas y avoir de constitution de dot, puisque ce serait transformer des biens paraphernaux en biens dotaux; la dot ne peut pas même être augmentée, en ce sens qu'un bien qui n'était pas dotal en vertu du contrat de mariage ne peut devenir dotal par une constitution faite pendant le mariage. Mais la dot peut recevoir une augmentation en vertu des conventions matrimoniales; si la femme s'est constitué ses biens à venir, tous les biens qui lui écherront pendant le mariage à titre de donation ou de succession seront frappés de dotalité (2). La cour de Bordeaux a décidé, par application de ces principes, que si les parents constituent à leur fille une dot mobilière sans condition d'emploi, l'offre d'emploi des valeurs dotales que ferait le mari, non-seulement ne le lierait pas, mais qu'elle était radicalement nulle comme modifiant les conventions matrimoniales; en effet, c'eût été rendre dotal un bien qui ne l'était pas en vertu du contrat de mariage (3).

(1) Cassation, 31 janvier 1837, et sur renvoi, Agen, 17 août 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 405). Troplong, t. I, p. 127, n° 242.
(2) Troplong, t. I, p. 119, n° 213. Aubry et Rau, t. V, p. 256 et note 16.
(3) Bordeaux, 7 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 340).

II. *Renonciations et remises.*

78. Les futurs époux se font presque toujours des avantages par leurs conventions matrimoniales. On dit d'ordinaire que les libéralités sont une condition et une loi du mariage. Au point de vue des sentiments qui devraient animer les futurs époux, c'est trop dire; le mariage n'est pas une spéculation. Mais des intérêts pécuniaires s'y mêlent et le lien des intérêts peut fortifier le lien des âmes. Ce sont donc là des conventions matrimoniales, dans l'esprit de la loi; partant il n'y peut rien être changé après le mariage. Si le contrat assure à la femme un gain de survie, la femme n'y pourrait pas renoncer; ce serait plus que changer une clause du contrat, ce serait l'effacer, et, par conséquent, l'abroger. Il n'y a pas à distinguer si l'avantage a pour objet des biens présents ou des biens à venir; le principe s'applique à tout avantage matrimonial. Il y a cependant une différence entre les deux hypothèses, c'est que la renonciation à une libéralité qui porte sur des biens à venir est entachée d'un double vice; elle est nulle comme pacte successoire, et elle est nulle comme changement à une convention matrimoniale, et, à ce double titre, elle est inexistante. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur les pactes successoires, au titre des *Obligations* (t. XVI, n° 88). La jurisprudence est en ce sens, ainsi que la doctrine (1).

79. Les parents font d'ordinaire des donations à leurs enfants par contrat de mariage; parfois ce sont des étrangers. Ce sont aussi des conventions matrimoniales, et de celles-là on peut dire qu'elles sont la condition et la loi sous laquelle les deux époux, ou pour mieux dire, les deux familles s'unissent. Elles sont donc placées sous la garantie de l'immutabilité; les époux n'y peuvent renoncer, ni en altérer les effets après le mariage; ce serait changer des conventions que la loi et la volonté des parties rendent immuables. Il a été jugé que les enfants, donataires en

(1) Toulouse, 15 avril 1842 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage,* n° 334). Aubry et Rau, t. V, p. 256, et notes 16 et 17, § 503 *bis.*

vertu d'une institution contractuelle, n'y peuvent pas renoncer dans un partage d'ascendant; nous l'avons dit ailleurs en rapportant les arrêts remarquables de la cour de cassation qui l'ont décidé ainsi (t. XV, n[os] 44-45) (1).

80. Par application de ce principe, il a été jugé que le mari ne peut pas, pendant le mariage, reconnaître qu'une dot constituée avec terme ne devait pas produire d'intérêts en vertu de l'intention des parties contractantes. Cette reconnaissance n'était, en apparence, qu'une explication du contrat, mais l'interprétation modifiait, en réalité, une convention matrimoniale tacite. Aux termes de l'article 1548, la dot porte intérêt, encore qu'il y ait terme pour le payement, s'il n'y a stipulation contraire. Dans l'espèce, il n'y avait pas de stipulation contraire, donc le constituant devait les intérêts de plein droit en vertu d'une convention tacite à laquelle il n'était pas permis aux parties de déroger pendant le mariage. On objectait que les intérêts de la dot étaient dus au mari pour l'aider à supporter les charges du mariage, qu'il était libre de renoncer à un droit établi en sa faveur. La cour de Pau répond que la dot n'est pas constituée uniquement en faveur du mari; cela résulte de la définition même de la dot; c'est un bien que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage (art. 1540); ces charges concernent précisément la femme et les enfants; donc la dot est constituée en faveur de la femme et des enfants à naître. Il suit de là que ce serait modifier le pacte de famille que de renoncer aux intérêts que la loi fait courir de plein droit dans l'intérêt de la famille. Partant la reconnaissance litigieuse était frappée de nullité radicale ou, comme nous disons, elle était inexistante (2).

81. Même décision de la cour de Rennes, dans l'espèce suivante. Les père et mère constituent une dot de 20,000 francs à leur fille; par acte sous seing privé, le mari déclare renoncer à exiger la dot promise pendant la vie des constituants; puis il intente une action tendant à

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 257, note 22, et les autorités qu'ils citent.
(2) Pau, 9 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 366).

les faire condamner au payement des intérêts. On lui oppose la renonciation, qui portait implicitement sur les intérêts de la dot. La cour a jugé que la renonciation apportait évidemment un changement aux conventions matrimoniales, et que ce changement, étant postérieur au mariage, ne pouvait produire aucun effet. C'est la consécration de notre doctrine; le changement est inexistant, il n'en résulte aucun lien de droit. On objectait que le mari était le maître de la dot; les époux étant mariés sous le régime de la communauté, le mari pouvait disposer de la créance dotale (art. 1421 et 1422). La cour répond que si le mari est le maître de la dot, c'est en ce sens qu'il peut l'employer dans l'intérêt du mariage et de l'association conjugale; mais il ne lui est pas permis de rompre ou de modifier, par des conventions dérogatoires, le pacte de famille que la loi déclare immuable (1). Il faut aller plus loin; le mari peut dissiper la dot en folles ou inutiles dépenses, ce n'est pas là changer les conventions matrimoniales; disposer des deniers dotaux, fût-ce abusivement, c'est maintenir le contrat, tandis que renoncer à la dot ou aux intérêts, c'est le rompre.

La cour de cassation a consacré ces principes en déclarant nulle la convention par laquelle les époux s'engageaient à ne pas exiger la dot durant la vie des constituants, alors que le contrat de mariage portait que la dot devait être payée avant la célébration du mariage. Le contraire avait été jugé par la cour de Bordeaux; elle avait appliqué le droit commun qui permet au créancier d'accorder un délai à son débiteur, le délai ne le privant d'aucun droit, dans l'espèce, car il n'y avait pas de renonciation aux intérêts. La cour oubliait que l'article 1394 déroge au droit commun en déclarant les conventions matrimoniales immuables; tandis que la règle est que les conventions peuvent être modifiées et même rompues par le consentement des parties contractantes (2). Cette rigueur est fondée en raison; le créancier qui accorde un délai au

(1) Rennes, 1er mars 1849 (Dalloz, 1851, 2, 238).
(2) Cassation, 4 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 455).

débiteur risque de ne plus être payé à l'échéance; donc les époux qui ajournent leur action en payement de la dot jusqu'au décès des constituants, modifient gravement la convention matrimoniale qui leur assurait le payement avant la célébration du mariage. Il ne faudrait pas conclure de là que les époux ne peuvent faire aucune convention relative à la dot; nous allons voir quelles conventions il leur est permis de faire, sans contrevenir à l'immutabilité des conventions matrimoniales.

III. *Dispositions que les époux peuvent faire.*

82. La loi défend aux époux d'apporter des changements à leurs conventions matrimoniales après la célébration du mariage; elle ne défend pas de faire des conventions qui laissent intact le contrat de mariage. Donc toute convention qui ne porte aucune atteinte aux conventions matrimoniales est valable. Tels seraient des arrangements de famille que les époux prendraient avec leurs parents concernant la vie commune ou séparée.

Par contrat de mariage, les futurs époux s'engagent à habiter en compagnie avec leur père et beau-père, à lui porter leurs travaux, revenus et industrie, à la charge par ce dernier de les nourrir, entretenir eux et les enfants à naître. Par une convention postérieure, le père et son fils se sont mutuellement relevés de ces obligations réciproques. Il a été jugé que cet arrangement ne violait pas le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales (1). En réalité, rien n'était changé au régime; la vie commune n'était pas une convention relative au mariage; c'est une question de convenances, les parties doivent être libres de remplacer la vie commune par la vie séparée; Troplong dit très-bien que la convention relative à la vie commune était une société ordinaire, mêlée à l'association conjugale, distincte néanmoins et indépendante; la société ordinaire ou la vie commune pouvait donc prendre fin sans

(1) Bordeaux, 26 juillet 1838 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 301).

que le contrat de mariage éprouvât le moindre changement (1).

83. Les époux peuvent-ils disposer des biens qui leur ont été donnés par contrat de mariage? On suppose que le contrat de mariage ne prohibe pas la disposition des biens dotaux dans l'intérêt de la femme dotale. Ainsi posée, la question n'en est réellement pas une; les biens donnés entrent dans le patrimoine propre des époux ou dans le patrimoine commun s'il y a communauté; ces biens restent dans le commerce, donc les époux donataires en peuvent disposer sans que l'on puisse dire qu'il en résulte un changement aux conventions matrimoniales : exécuter ces conventions, ce n'est certes pas les changer (2).

La jurisprudence est en ce sens. Des époux se donnent par contrat de mariage l'usufruit de tous leurs biens au profit du survivant. Lors du mariage d'un de leurs enfants, la mère renonce à cet usufruit en faveur de son fils. Cette renonciation à un avantage stipulé par contrat de mariage était-elle un changement aux conventions matrimoniales? La cour de cassation répond que la renonciation est plutôt une exécution du contrat de mariage qu'une convention qui y déroge (3). Cela est très-juridique, quoique, au premier abord, la décision paraisse contraire au principe que nous avons posé quant aux renonciations (n° 78). La renonciation à un avantage que les conjoints se font par contrat de mariage est nulle; tel est le principe admis par la doctrine et par la jurisprudence. Or, dans l'espèce, la mère renonce à un usufruit stipulé à titre d'avantage. Pourquoi la cour de cassation déclare-t-elle cette renonciation valable? La renonciation est nulle quand elle contient l'abdication d'un droit; dans ce cas, elle abroge une clause du contrat de mariage, donc elle est nulle. La renonciation que la mère fait à son usufruit en faveur de son fils est une libéralité, la mère dispose donc de son droit; or, disposer de son droit, ce n'est pas

(1) Troplong, t. I, p. 121, n° 220. Aubry et Rau, t. V, p. 257, § 503 *bis*
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 258 et note 24 (4e éd.).
(3) Rejet, 1er avril 1812 (Dalloz, au mot *Émigré*, n° 185, 4°).

y renoncer; c'est, au contraire, l'exercer, et il est permis à toute personne de disposer d'un droit qui lui appartient.

Par contrat de mariage, le futur donne à son épouse un domaine à titre de gain de survie. Lors du mariage de sa fille, le père lui donne la nue propriété de ce domaine, et la mère renonce à l'usufruit éventuel, contre l'engagement de son mari de lui assurer une pension viagère de 800 francs. Cette renonciation fut attaquée comme constituant un changement aux conventions matrimoniales. La cour d'Agen décida que la renonciation de la femme, loin de présenter aucun changement à la clause du gain de survie stipulé dans son contrat de mariage, en était, au contraire, l'exécution anticipée. Pourvoi en cassation; la cour se borne à dire que l'arrêt attaqué a fait une juste appréciation de la renonciation litigieuse. On prétendait que la renonciation contenait un pacte successoire; la cour répond que la femme n'étant pas héritière de son mari, on ne pouvait pas dire qu'elle eût fait un traité sur sa succession future (1). Ici encore il y a des nuances : il y a des cas où la renonciation constitue un pacte successoire (n° 78); dans d'autres cas, il n'y a pas de pacte successoire; nous avons examiné ailleurs ces questions difficiles.

81. La cour de cassation a fait l'application de ces principes à l'espèce suivante. Les époux étaient mariés sous le régime dotal, avec société d'acquêts; le contrat attribuait la totalité des acquêts au survivant. Plus tard, les deux époux firent le partage anticipé, entre leurs enfants, de divers immeubles par eux achetés. Cette donation fut attaquée comme une dérogation aux conventions matrimoniales. Une première question se présentait : la donation était-elle valable? La loi défend au mari de disposer à titre gratuit des immeubles de la communauté, mais il est assez généralement admis que la donation peut se faire avec le concours de la femme. Nous faisons nos réserves sur ce point. En supposant que la donation fût

(1) Agen, 12 mai 1848 (Dalloz, 1848, 2, 188), et Rejet, 16 juillet 1849 (Dalloz, 1849, 1, 304).

valable, n'était-elle pas nulle à un autre titre, comme changement apporté aux conventions matrimoniales ? Les époux, en donnant les acquêts à leurs enfants, renonçaient au gain de survie stipulé par le contrat. La cour de Rouen et, sur pourvoi, la cour de cassation jugèrent que la donation-partage ne portait aucune atteinte à la clause du gain de survie ; le survivant conservait le droit d'accepter l'ensemble des acquêts qui se trouveraient au décès ; s'il l'acceptait, il était considéré comme unique donateur, le prémourant étant réputé n'avoir jamais eu de droit sur les biens donnés (1). Il faut ajouter, pour compléter les motifs de décider, que chacun des époux avait le droit de disposer du gain de survie au profit de ses enfants ; ce n'est pas là une abdication, c'est une disposition, comme nous venons de le dire (n° 83).

85. Nous venons de dire quelles sont les stipulations relatives au payement de la dot qui constituent un changement aux conventions matrimoniales. Les époux peuvent faire des conventions relatives au payement de la dot, pourvu qu'il n'en résulte aucune modification du pacte nuptial. Une dot est constituée au futur époux par ses père et mère ; les constituants s'obligeaient à la payer dans les cinq années à partir de la célébration du mariage ; ils se réservaient toutefois le droit de se libérer par anticipation, en prévenant leur fils trois mois à l'avance. Le fils étant tombé en faillite, le syndic actionna le père en payement de la dot de 20,000 francs constituée au failli. Celui-ci produisit des quittances constatant que 16,000 fr. avaient été payés depuis la célébration du mariage ; quant aux 4,000 francs restants, le père dit les avoir payés avant le mariage. Le syndic demanda la nullité de ce payement anticipatif comme constituant une modification au contrat de mariage. Le procès ne valait vraiment pas la peine d'être porté devant la cour de cassation. Celui qui a terme doit, donc il a le droit de payer avant l'échéance du terme ; le contrat de mariage, loin de déroger en ce point au droit commun, le consacrait, puisque le père se

(1) Rouen, 38 août 1865, et Rejet, 31 juillet 1867 (Dalloz, 1868, 1, 209). Comparez Rejet, 16 février 1852 (Dalloz, 1852, 1, 294).

réservait la faculté de payer anticipativement (1). Et quand même cette réserve ne se serait pas trouvée dans le contrat, le payement anticipatif ne pouvait être considéré comme un changement, à moins que le terme n'eût été stipulé dans l'intérêt du créancier.

La dot peut-elle être payée en valeurs autres que celles stipulées au contrat? L'affirmative n'est pas douteuse lorsque telle était l'intention des parties contractantes. Constitution de dot de 4,000 francs, payable dans un an, sans intérêt. Le jour même du contrat, le constituant se démit de sa place de percepteur des contributions en faveur de son gendre; cette démission, évaluée à 4,000 francs, fut considérée comme une compensation de la dot. Plus tard, le gendre réclama le payement des 4,000 francs. Il a été jugé que la démission était la véritable dot; que si le contrat mentionnait la valeur pécuniaire de la démission, c'était dans la crainte d'entraver la nomination du futur. Ces faits, déclarés constants par le premier juge, ne laissaient aucun doute. Sur le pourvoi, la cour décida que l'arrêt attaqué n'avait fait qu'interpréter la convention (2).

La cour de cassation a jugé, en termes plus généraux, que l'on ne peut considérer comme changement aux conventions matrimoniales un mode de payement des sommes dotales. Dans l'espèce, le contrat stipulait la communauté d'acquêts, et une dot de 50,000 francs était constituée à la future, payable la veille du mariage; par acte, les père et mère vendirent à leur fille, avant le mariage, une ferme pour une somme de 90,000 francs, imputables jusqu'à due concurrence sur la dot. Lors de la mort du père, la fille prétendit qu'elle n'avait pas touché la dot promise, la dation en payement de l'immeuble étant un changement au contrat, et nul comme tel; elle consentait, du reste, à remettre l'immeuble dans la succession. La cour de Paris décida que le mari, devenu propriétaire de la dot, avait payé son prix d'acquisition avec la créance dotale; il n'y avait pas de dation en payement, mais achat par le mari;

(1) Rejet, 22 août 1865 (Dalloz, 1867, 1, 181).
(2) Rejet, 2 mars 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 379).

la dot restait fixée en argent et, par conséquent, la fille en devait faire le rapport.

L'arrêt de la cour de cassation dépasse les faits ainsi appréciés : elle décide en termes absolus qu'un mode de payement autre que celui qui est stipulé n'est pas un changement (1). Cela est de jurisprudence. Les père et mère constituent à leur fils une pension annuelle par contrat de mariage. Après la célébration du mariage, le père promet de vendre à son fils un domaine pour 200,000 francs; la promesse de vente ne fut pas réalisée, mais on convint que le fils jouirait de l'immeuble à charge de payer à son père une pension annuelle de 7,500 francs et en retenant la pension de 2,600 francs stipulée à son profit. La cour d'Aix jugea que ces conventions modifiaient seulement le mode de payement de la dot, qu'elles n'altéraient point les conventions matrimoniales (2). Il nous reste un scrupule, c'est le texte. Les stipulations relatives à la dot sont certainement des conventions matrimoniales; si on les modifie, quelque légère que soit la modification, ne contrevient-on pas au principe de l'immutabilité? Il est vrai que le mode de payement peut être indifférent, mais il peut aussi ne pas l'être; s'en rapportera-t-on aux tribunaux? Ce serait permettre au juge de changer les conventions matrimoniales. L'opinion que nous énonçons paraîtra rigoureuse, et elle l'est, mais il s'agit d'une disposition de rigueur; il importe d'empêcher tout changement, quelque peu important qu'il soit, sinon le but de la loi n'est pas atteint : on ouvre la porte au désir de changement si naturel à l'homme, et l'on jette dans la famille une semence de division et de discorde.

86. Le contrat de mariage contient parfois des énonciations fausses; il constate un apport qui n'a pas été fait, il donne quittance d'une dot qui n'a pas été payée. Faut-il appliquer, dans ces cas, le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales et maintenir les déclarations qui s'y trouvent jusqu'à ce que les parties intéressées les aient détruites par l'inscription en faux? A notre avis,

(1) Paris, 27 août 1851, et Rejet. 4 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 193).
(2) Aix, 19 avril 1872 (Dalloz, 1873, 2, 239).

l'article 1395 est hors de cause et on a tort de l'invoquer; on ne déroge pas à une convention par la convention même. La véritable question porte sur une difficulté de preuve. L'acte fait-il foi jusqu'à inscription de faux de l'apport et du payement de la dot? La négative est certaine; elle résulte des principes qui régissent la force probante des actes autentiques. L'acte fait foi, jusqu'à inscription de faux, du fait matériel de la déclaration, il ne prouve que jusqu'à preuve contraire la vérité de la déclaration. On peut donc soutenir, sans devoir s'inscrire en faux, que l'apport constaté au contrat de mariage n'a pas été fait, que le payement de la dot a été fictif. Quelle est cette preuve contraire? Sur ce point encore, on applique les principes généraux. S'il s'agit d'une simulation, les parties contractantes ne sont pas admises à la preuve par témoins; tandis que les tiers peuvent prouver la simulation par toute voie de droit. La fraude peut toujours être établie par la preuve testimoniale et par présomptions, et toute partie intéressée peut la prouver. Nous renvoyons, quant aux principes, au titre des *Obligations*. La jurisprudence est en ce sens, bien que la rédaction des arrêts laisse beaucoup à désirer sous le rapport de la précision et même de l'exactitude (1).

87. Les époux peuvent-ils, pendant le mariage, déroger aux dispositions que le code contient sur le régime qu'ils ont adopté expressément ou tacitement? Il y a quelque doute. Aux termes de l'article 1407, « l'immeuble acquis pendant le mariage, à titre d'échange, contre l'immeuble appartenant à l'un des deux époux n'entre point en communauté et est subrogé au lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense, s'il y a soulte. » La femme échange un propre et déclare que l'immeuble qu'elle reçoit en échange sera un conquêt. A notre avis, c'est une dérogation aux conventions matrimoniales et, comme telle, frappée de nullité. La communauté légale n'est autre

(1) Voyez, sur les apports fictifs, Rejet, 31 juillet 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 381); Paris, 14 février 1865 (Dalloz, 1865, 2, 140). Et sur le payement fictif de la dot, Rejet, 5 janvier 1831 (Dalloz, *ibid.*, n° 382), et 2 mars 1852 (Dalloz, 1852, 5, 208).

chose qu'un régime convenu tacitement par les futurs époux; les dispositions du code qui règlent les effets de la communauté sont donc comme autant d'articles du contrat de mariage des époux, partant elles sont immuables, aussi bien que si elles étaient écrites dans un acte notarié.

La doctrine contraire est enseignée par les auteurs et consacrée par un arrêt de la cour de cassation. Troplong donne d'assez mauvaises raisons à l'appui de l'opinion générale. La disposition de l'article 1407, dit-il, n'est pas d'ordre public. Non, certes; il en résulte que les futurs époux y peuvent déroger par leur contrat de mariage; mais ils n'y ont pas dérogé, ils l'ont, au contraire, adoptée comme clause de leurs conventions matrimoniales. La communauté, continue Troplong, reste toujours le régime des époux. Nous répondons que ce n'est pas là la question; le régime de communauté produit certains effets, c'est que les propres n'entrent pas en communauté et que les immeubles reçus en échange d'un propre deviennent propres. Les époux dérogent à cet effet; ils modifient donc le régime de communauté : le peuvent-ils? Telle est la question, et l'article 1395 répond négativement. MM. Aubry et Rau présentent l'argument sous une forme plus sérieuse. L'article 1407, disent-ils, ne fait que prévoir l'intention probable des parties contractantes : les époux peuvent manifester une intention contraire. Il nous semble que la confusion est toujours la même. Ce qui, d'après l'article 1407, est l'intention probable des parties devient leur intention réelle si elles n'y dérogent point par leur contrat de mariage; en ne faisant pas de contrat, elles s'approprient cette disposition, dès lors il ne leur est plus permis de l'abroger (1). Les éditeurs de Zachariæ empruntent à la jurisprudence de la cour de cassation une raison plus spécieuse. La femme commune en biens peut aliéner sans remploi ses immeubles propres avec l'autorisation du mari; elle pourrait donc aliéner sans remploi l'immeuble reçu en échange d'un propre; en renonçant au

(1) Troplong, t. I, p. 219, n° 639. Aubry et Rau. t. V. p. 257 et note 23, § 503 *bis*.

bénéfice de l'article 1407, la femme ne fait que déclarer, lors de l'échange, la volonté qu'elle pourrait légalement exprimer plus tard en aliénant l'immeuble qu'elle reçoit en échange (1). Nous répondrons avec un vieil adage que la femme n'a point fait ce qu'elle avait le droit de faire et qu'elle a fait ce que la loi lui défend. Il y a d'ailleurs une différence entre les deux hypothèses. Quand la femme aliène un propre sans remploi, c'est qu'elle a besoin de ses fonds, ou la communauté en a besoin, l'opération se fait dans l'intérêt de la famille. Quand la femme renonce à la subrogation, en cas d'échange, l'immeuble devient conquêt; le mari en peut disposer, la femme ne reçoit aucun équivalent, elle n'a qu'une action en reprise lors de la dissolution de la communauté. Il vaut mieux pour la femme avoir un propre que d'avoir une créance. Voilà pourquoi la loi ne lui permet point de transformer en conquêt un bien qui, d'après le contrat de mariage, devait être un propre.

88. Il reste une dernière question sur cette matière. Le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales signifie que les époux ne peuvent pas, pendant le mariage, faire des conventions qui dérogent à leur contrat de mariage. Faut-il étendre le principe aux dispositions testamentaires? On admet que les époux peuvent renoncer, par testament et sous forme de legs, aux donations ou autres avantages que contient le contrat de mariage, et qu'ils y peuvent renoncer soit au profit de tiers, soit en faveur l'un de l'autre (2). Les legs sont des actes de disposition; et il est de principe que les époux peuvent disposer des droits que leur donne le contrat de mariage. Quand ils en disposent au profit de tiers par testament, ils usent du droit qui leur appartient d'aliéner les droits matrimoniaux (n° 83). La question paraît plus douteuse quand les époux disposent l'un au profit de l'autre; cette disposition n'équivaut-elle pas à une renonciation? Or, il est de principe que les époux ne peuvent renoncer aux avantages qu'ils se sont faits par contrat de mariage (n° 78).

(1) Rejet, 31 juillet 1832 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 805).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 259, § 503 *bis* (4e éd.).

Il faut appliquer ici la distinction que nous avons faite en traitant des renonciations. Les époux ne peuvent renoncer d'une manière absolue à un droit matrimonial, mais ils en peuvent disposer, car qui dispose ne renonce pas. Il faut ajouter une restriction que nous avons déjà faite (n° 67) : c'est qu'en disposant par testament d'un droit contractuel, les époux ne peuvent pas porter atteinte aux droits qui sont acquis à des tiers en vertu des conventions matrimoniales ; ici on rentre dans le droit commun : tout droit résultant d'un contrat est irrévocable.

N° 4. DES CHANGEMENTS ANTÉRIEURS AU MARIAGE.

89. Les futurs époux peuvent faire des changements à leurs conventions matrimoniales avant la célébration du mariage, sous les conditions déterminées par les articles 1396 et 1397. Tant que le mariage n'est point célébré, les futurs époux peuvent faire telles conventions qu'ils jugent convenables (art. 1387 et 1394) ; s'ils ont le droit de consentir des conventions nouvelles, ils doivent aussi avoir le droit de modifier celles qu'ils ont faites ; le principe de l'immutabilité ne s'y oppose point, car il ne s'applique, comme le dit l'article 1395, qu'aux changements que les époux voudraient faire après la célébration du mariage. De droit commun, les conventions peuvent être révoquées du consentement mutuel de ceux qui les ont consenties : le consentement qui les a formées peut aussi les résoudre, rien n'étant plus naturel, comme le disent les jurisconsultes romains, que de dissoudre un lien de droit de la même manière dont il a été formé. L'article 1395 déroge à ce principe ; nous avons dit les motifs pour lesquels le législateur prohibe toutes conventions matrimoniales pendant le mariage ; ces motifs n'existent point pour les conventions dérogatoires au contrat de mariage que les parties veulent faire avant la célébration de leur union ; comme elles jouissent encore de la plénitude de leur liberté, elles doivent avoir le droit de faire ce qu'elles veulent.

Le code donne le nom de *changement* ou de *contre-lettre* aux conventions que les futurs époux font avant la célé-

bration du mariage, pour ajouter des dispositions à leur contrat de mariage, ou pour modifier celles qui y sont portées. Nous avons déjà rencontré l'expression de *contre-lettres* au titre des *Obligations*; l'article 1321 entend par là des conventions qui dérogent à la *lettre*, c'est-à-dire à l'acte patent, conventions dérogatoires qui sont destinées à rester secrètes, et que pour ce motif on rédige d'ordinaire sous seing privé. En matière de conventions matrimoniales, il ne peut y avoir de contre-lettres absolument secrètes, puisqu'elles doivent être rédigées par acte authentique; elles ont donc la même solennité que le contrat auquel elles dérogent. Toutefois il pourrait y avoir clandestinité, en ce sens que les futurs époux n'appelleraient pas à l'acte dérogatoire ceux qui ont été parties à l'acte principal. Le législateur a donc dû prescrire les conditions sous lesquelles les contre-lettres seraient valables. Elles sont les mêmes, soit qu'il s'agisse de contre-lettres proprement dites, soit qu'il s'agisse de clauses qui ne dérogent pas au premier contrat. La loi prescrit d'abord les conditions requises pour que les changements ou contre-lettres soient valables entre les parties (art. 1396); puis elle ajoute une condition qui doit être observée pour que les changements ou contre-lettres aient effet à l'égard des tiers (art. 1397).

90. On se sert généralement, en matière de conventions matrimoniales, du mot *contre-lettres* pour désigner toute espèce de changements. Cela est de tradition. Après avoir rapporté la disposition de la coutume de Paris d'après laquelle sont nulles toutes contre-lettres faites à part et hors la présence des parents qui ont assisté aux contrats de mariage, Pothier ajoute : « La coutume comprend ici sous le terme de *contre-lettres* non-seulement les conventions qui dérogent et sont contraires à quelqu'une de celles portées au contrat de mariage, mais généralement toutes les nouvelles conventions ou donations qui ne sont pas portées au contrat de mariage (1). »

Nous venons d'expliquer ce que l'on entend par chan-

(1) Pothier, *Introduction* au *Traité de la communauté*, n° 13.

gements ou conventions dérogatoires (n[os] 69-88); quant aux conventions nouvelles, Pothier s'exprime d'une manière trop absolue en disant que *toutes les nouvelles conventions* sont des contre-lettres; il faut ajouter une condition, c'est qu'elles aient une relation avec les conventions portées au contrat de mariage; il faut donc qu'elles modifient la situation et les droits respectifs des époux ou leurs rapports avec les tiers (1). En ce sens, les donations entre futurs époux sont des contre-lettres; Pothier dit toujours: « les conventions et donations » (2). Cela n'est pas douteux, car les donations entre futurs époux sont de leur nature des conventions matrimoniales; faites après le contrat de mariage, elles modifient la situation des parties et leurs droits sur leurs biens; dès lors elles tombent sous l'application des articles 1396 et 1397. Il en serait même ainsi des ventes que l'un des futurs époux ferait à l'autre dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration de l'union conjugale; car la vente modifie le patrimoine des époux, donc leur situation telle qu'elle est réglée par le contrat de mariage (3). Le code considère même la vente faite à un tiers comme un changement au contrat de mariage, quand il stipule le régime de communauté (art. 1404); nous reviendrons sur cette disposition.

Ce que nous disons des donations que les époux se font dans l'intervalle du contrat de mariage à la célébration du mariage ne s'applique pas aux donations que des tiers feraient aux époux. Les nouvelles libéralités faites aux époux ne sont pas des changements aux conventions matrimoniales. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n° 74).

I. *Des conditions requises pour la validité des contre-lettres entre les parties.*

91. L'article 1396 veut que les changements qui seraient faits aux conventions matrimoniales avant la célébration

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 264 et note 41, § 503 *bis* (4e éd.).

(2) Pothier, *Introduction* au *Traité de la communauté*, n[os] 13 et 14. Comparez Troplong, t. I, p. 127, n[os] 240-242.

(3) Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens; nous l'avons rapporté plus haut, n° 77.

du mariage soient constatés par actes passés dans la même forme que le contrat de mariage. Pourquoi les contre-lettres doivent-elles être rédigées par acte authentique? C'est une conséquence nécessaire de la solennité du contrat de mariage. « *Toutes* conventions matrimoniales, dit l'article 1394, seront rédigées par acte devant notaire » ; or, les contre-lettres sont des conventions matrimoniales, puisqu'elles changent les conventions primitives ; donc les contre-lettres sont des actes solennels aussi bien que le contrat de mariage. Il faut par conséquent appliquer aux contre-lettres ce que nous avons dit de la solennité du contrat primitif (n°s 43-49).

92. Il suit de là que les contre-lettres sous seing privé n'ont pas d'existence légale ; c'est le néant, et le néant ne peut produire aucun effet : ce sont les termes de l'article 1131. Dans les contrats ordinaires, les contre-lettres lient les parties contractantes (art, 1320), parce que le seul consentement des parties suffit pour former le contrat quand il n'est pas solennel ; tandis que dans les contrats solennels, le consentement n'existe que s'il est manifesté dans les formes légales. Quand ces formes n'ont pas été observées, il n'y a pas de consentement, donc pas de contrat (1) (t. XV, n° 457).

93. L'article 1396 prescrit une seconde condition pour la validité des contre-lettres : « Nul changement ou contre-lettre n'est, au surplus, valable sans la présence et le consentement simultané de toutes les personnes qui ont été parties dans le contrat de mariage. » Cette disposition est une conséquence du principe élémentaire écrit dans l'article 1134 : les conventions ne peuvent être révoquées ni modifiées que par le consentement de ceux qui les ont formées, donc tous ceux qui ont figuré dans un contrat doivent consentir aux actes destinés à le modifier. Il y a encore une raison spéciale puisée dans la nature particulière des conventions matrimoniales. Elles se font rarement entre les époux seuls ; presque toujours les père et mère, ou d'autres ascendants, ou un oncle ou une tante

(1) Troplong, t. I, p. 125, n°s 230 et 231.

interviennent pour doter les futurs époux; ces tiers deviennent parties au contrat où ils promettent; leur promesse se lie étroitement au régime que les futurs stipulent: le donateur qui constitue des biens en dot à la future qui se marie sous le régime dotal ne lui aurait peut-être pas fait de libéralité si elle avait adopté le régime de communauté. Il se peut aussi qu'il fasse une libéralité à la future en considération de la libéralité que les parents du futur lui font. Les diverses dispositions d'un contrat de mariage sont donc dépendantes les unes des autres; partant tous ceux qui y ont consenti doivent consentir aussi à la contre-lettre qui le modifie.

94. L'article 1396 serait-il applicable s'il n'y avait d'autres parties au contrat que les futurs époux? Le texte est général et ne distingue pas; il faut donc l'appliquer à tous les cas, qu'il y ait d'autres parties ou qu'il n'y en ait pas. Cela ne fait aucun doute quant à la première disposition de l'article 1396: la contre-lettre étant une convention de mariage, doit être rédigée dans la forme authentique, quand même il n'y aurait d'autres parties, dans l'un et l'autre contrat, que les époux. Quant à la seconde disposition, il y a un doute. Elle a sa source dans la coutume de Paris, laquelle déclarait nulles les contre-lettres faites hors la présence des parents qui avaient assisté au contrat de mariage. Pothier donne comme raison que les futurs ayant voulu cacher leurs nouvelles conventions, on doit croire qu'elles ont été dictées par la passion plutôt que par de justes motifs. Il est certain que la disposition de la coutume n'avait plus de raison d'être lorsque les époux seuls figuraient au contrat de mariage. En doit-il être de même sous l'empire du droit nouveau qui n'a fait que reproduire la coutume de Paris, en l'étendant à tous ceux qui seraient parties au contrat? La cour de Douai a jugé que l'article 1396 est applicable, quoiqu'il n'y ait pas d'autres parties que les époux (1). Nous croyons qu'elle a bien jugé. L'article 1396, en étendant la disposition de la coutume, lui donne un sens différent. Toutes les personnes

(1) Douai, 1er août 1854 (Dalloz, 1855, 1, 8).

qui ont été *parties* dans le contrat de mariage doivent être présentes à la contre-lettre et y consentir simultanément. Ce texte comprend certainement les époux; cela décide la question. Il est bien vrai qu'il n'y a plus les mêmes motifs de rigueur quand les époux seuls sont en cause, mais les motifs ne sont pas la loi; ce sont d'ordinaire, comme dans l'espèce, les interprètes qui les imaginent; restreindre le texte par les motifs, ce serait donc donner aux interprètes le droit de modifier la loi.

95. Ceux qui ont été parties au contrat de mariage doivent consentir à la contre-lettre. Qui est partie? D'abord les époux, cela va sans dire. Si les époux sont mineurs, ils ne peuvent faire de conventions matrimoniales qu'avec l'assistance de ceux dont le consentement est nécessaire pour la validité du mariage. Ceux qui assistent le mineur sont donc aussi parties, car, sans leur assistance, le mineur ne peut pas contracter. Il en serait de même du conseil appelé à assister les prodigues ou les faibles d'esprit, si son assistance est nécessaire à raison des dispositions que contient le contrat de mariage. Enfin sont *parties* ceux qui font une libéralité aux futurs époux; ils promettent, ils sont donc débiteurs, par conséquent parties, dans le sens de l'article 1396; ils seraient encore parties s'ils faisaient une promesse quelconque en faveur du mariage; par exemple, s'ils se portaient cautions de la dot, ou s'ils en garantissaient le payement par une constitution d'hypothèque (1).

96. Il y a des personnes qui assistent au contrat de mariage sans y être parties. Tels sont les ascendants et autres parents qui sont présents lors de la rédaction des conventions matrimoniales et qui signent l'acte sans y faire ni stipulations ni promesses et sans qu'ils assistent les futurs époux que nous supposons capables. Leur présence est de pure bienséance, *honoris causa,* comme on dit à l'école. Il arrive parfois que les notaires disent dans l'acte que les ascendants assistent et autorisent leurs en-

(1) Duranton, tome XIV, p. 57, n° 56. Rodière et Pont, tome I, p. 152, n° 141.

fants, bien que ceux-ci soient majeurs(1). C'est une mauvaise expression et qui pourrait induire en erreur : les majeurs n'ont besoin ni de l'autorisation ni de l'assistance de leurs ascendants. Ceux-ci ne sont parties que lorsqu'ils stipulent ou qu'ils promettent. Encore faut-il que ces stipulations ou promesses soient relatives à l'association conjugale. Si des tiers font avec les futurs époux une convention étrangère au mariage, ils ne seront pas parties au contrat de mariage. Il y a, dans ce cas, deux contrats essentiellement différents, le contrat matrimonial et le contrat ordinaire; on peut être partie dans celui-ci sans être partie dans l'autre.

Que faut-il décider s'il s'agit du contrat de mariage d'un fils de famille âgé de plus de vingt et un ans et de moins de vingt-cinq? L'ascendant y assiste; devra-t-il assister à la contre-lettre? La question est controversée, bien qu'à notre avis il n'y ait aucun doute. Est-ce que l'ascendant est *partie?* Non, car le fils majeur de vingt et un ans est capable de faire un contrat de mariage sans l'assistance de ses ascendants (n° 22); donc l'ascendant n'est pas partie comme devant assister son fils; et nous supposons qu'il ne fait ni stipulation ni promesse, dès lors sa présence est purement honorifique. On objecte que l'ascendant a un intérêt aux conventions matrimoniales, parce qu'il se peut qu'il consente au mariage à raison du régime et des clauses que les futurs époux consentent. Nous répondons, et la réponse est péremptoire, qu'il ne suffit pas d'avoir *intérêt* pour être *partie* dans un contrat, il faut ou *stipuler* ou *promettre*. Il n'y a d'ailleurs qu'une *possibilité d'intérêt;* le législateur n'a pas tenu compte de cette éventualité et l'interprète ne peut pas faire la loi (2).

A plus forte raison les ascendants ne sont-ils pas parties quand les enfants ont atteint l'âge où ils peuvent se marier, malgré le refus de consentement des ascendants. Il est vrai qu'ils doivent encore demander leur conseil, mais

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 46, n° 51, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 260, note 31, § 503 *bis* (4e éd.).

(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 20, n° 12 *bis* IV. En sens contraire, Duranton, t. XIV, p. 58, n° 57

ils peuvent briser leur résistance en faisant des actes respectueux. En ce sens, les enfants peuvent se passer du consentement de l'ascendant pour leur mariage. Dès lors il n'y a plus aucun motif de considérer l'ascendant comme partie (1).

97. La loi exige la *présence* et le *consentement simultané* de tous ceux qui ont été parties au contrat de mariage. Peut-on dire qu'ils sont *présents* lorsqu'ils ont été dûment appelés et qu'ils ne répondent pas à l'appel? La question est étrange, car le texte la décide; il exige la *présence* et le consentement donné, *toutes parties présentes*. Si les interprètes avaient plus de respect pour la loi, ils n'auraient pas même demandé si le dû appel peut remplacer la présence. Il y a des cas où le *silence* équivaut au *consentement*, mais comment la *non-présence* pourrait-elle équivaloir à la *présence?* Quand même on admettrait que celui qui, étant appelé, ne se présente pas, consent, cela ne suffirait pas, car la loi ne se contente pas du consentement, elle veut la *présence* et le consentement *simultané* (2).

Pourquoi la loi exige-t-elle le consentement simultané? C'est une exception au droit commun. Ceux qui sont appelés à consentir peuvent le faire quand ils veulent, successivement ou simultanément. La loi se montre plus sévère pour les contre-lettres. Quelle en est la raison? Toullier répond très-bien : « Parce que des consentements séparés s'obtiennent plus facilement. Tel consent seul qui refuserait s'il était accompagné ou soutenu par d'autres. D'ailleurs la présence de toutes les parties peut faire naître une discussion qui donne des éclaircissements auxquels on n'avait pas songé (3). »

98. On enseigne que ceux qui doivent assister à la contre-lettre peuvent se faire représenter par un fondé de pouvoir; d'où résulterait qu'à la rigueur le même manda-

(1) Troplong, t. I, p. 126, n° 239. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 92, n° 141. Odier, t. II, p. 65, n° 660. Marcadé, t. V, p. 428, n° IV de l'article 1396.

(2) C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Maleville, de Toullier et de Batthur. Aubry et Rau. t. V, p. 261 et note 33. § 503 *bis*.

(3) Toullier, t. VI, 2, p. 45, n° 50.

taire pourrait représenter toutes les parties (1). Cela nous paraît inadmissible. Pourquoi la loi veut-elle la présence et la simultanéité du consentement? Toullier vient de nous le dire. Le but de la loi ne serait pas atteint si un mandataire remplaçait les parties; les conjoints qui voudraient surprendre le consentement des personnes qui ont été parties s'adresseraient successivement à chacune d'elles et obtiendraient facilement une procuration en faveur d'un même mandataire; on favoriserait donc la surprise et l'absence de discussion. Est-ce là ce que la loi a voulu?

99. On suppose que l'une des personnes qui devaient assister à la contre-lettre ne se présente pas, ou, ce qui revient au même, ne consent point au changement : quelle sera la conséquence de ce refus? L'article 1396 dit que le changement n'est pas valable, c'est dire qu'il ne pourra pas se faire. Il faut donc que les époux y renoncent, ou qu'ils fassent un autre contrat de mariage sans le concours de celui qui a refusé son consentement; ce qui suppose qu'il s'agit d'une partie qui a promis, et non d'une partie qui a assisté un incapable; dans ce dernier cas, tout changement et toute convention nouvelle deviendraient impossibles.

Il suit de là que si un donateur refuse de consentir à la contre-lettre, les futurs époux doivent faire un autre contrat, s'ils tiennent au changement qu'ils veulent apporter à leur contrat primitif. On enseigne toutefois que le changement sera valable, mais que la donation tombera. Nous croyons que cette opinion, soutenue par de bons esprits, est contraire aux principes. La loi dit formellement que la contre-lettre n'est pas valable si l'une des parties refuse son consentement; c'est dire que le changement est nul et que le premier contrat subsiste. Les parties n'ont qu'une voie légale pour réaliser le changement, c'est de faire un nouveau contrat, sans le concours du donateur, en renonçant à la libéralité qu'il avait faite. On ne peut pas déclarer qu'une donation reste sans effet par cela seul que les futurs époux font un changement contraire à la loi. Le premier acte est conforme à la loi, donc la loi doit le

(1) Duranton, t. XIV, p. 56, n° 54. Aubry et Rau, t. V, p. 261, § 503 *bis*.

maintenir jusqu'à ce qu'il soit valablement remplacé par un nouveau contrat (1).

100. Le consentement de l'une des parties devient impossible si elle meurt ou si elle est frappée d'incapacité. Quelle sera, dans ce cas, la situation des époux? Si la partie qui meurt a fait une libéralité, ou une promesse quelconque, on enseigne que la contre-lettre ne pourra pas se faire, puisque le consentement exigé par la loi ne peut pas être donné. Cela n'est-il pas trop absolu? Les héritiers du donateur ne pourraient-ils pas consentir? Nous promettons et nous stipulons pour nous et pour nos héritiers; tous nos droits peuvent être exercés par ceux qui nous représentent, à moins qu'ils ne soient exclusivement attachés à la personne; or, il s'agit, dans l'espèce, d'intérêts pécuniaires qui n'engendrent point des droits purement personnels. Si l'une des parties était interdite, elle serait dans l'impossibilité de consentir, donc le changement deviendrait impossible. Le tuteur de l'interdit ne pourrait consentir en son nom, car il s'agit d'une libéralité, et le tuteur n'a aucune qualité pour intervenir dans une donation, soit pour la faire soit pour la confirmer (2).

101. La nullité des contre-lettres peut-elle se couvrir par la confirmation? Il a été jugé que le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales étant d'intérêt public, la nullité qui résulte de l'inobservation de l'article 1396 est irréparable (3). Dans l'opinion que nous avons enseignée, il faut décider qu'il y a plus que nullité, que les changements contraires à la loi n'ont point d'existence légale. Cela est certain lorsque la contre-lettre est sous seing privé, ou quand l'acte authentique qui la contient est nul comme tel; on applique alors le principe qui découle de la solennité des conventions matrimoniales (n° 44). Il en est de même dans le cas du deuxième alinéa de l'article 1396 : tous ceux qui ont été parties au contrat de

(1) Marcadé, t. V, p. 432, n° V de l'article 1396. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 19, n° 12 *bis* III. Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 94, n° 142.

(2) Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 261, § 503. Colmet de Santerre, t. VI, p. 21, n° 12 *bis* V.

(3) Bastia, 16 janvier 1856 (Dalloz, 1856, 2, 58).

mariage doivent consentir à la contre-lettre ; si l'un d'eux ne consent pas, il n'y a pas de contre-lettre, puisqu'il n'y a pas de convention sans consentement.

II. *Des conditions requises pour la validité des contre-lettres à l'égard des tiers.*

102. Quand les formes et conditions prescrites par l'article 1396 ont été observées, les contre-lettres sont valables entre les parties. Pour qu'elles aient effet à l'égard des tiers, il faut une condition de plus : aux termes de l'article 1397, « tous changements et contre-lettres, même revêtus des formes prescrites par l'article précédent, seront sans effet à l'égard des tiers s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage ». Cette condition en implique une autre, c'est que la contre-lettre doit être reçue par le notaire qui a rédigé le contrat de mariage ou par le notaire qui est dépositaire de ses minutes. En effet, d'après la loi du 25 ventôse an XI (art. 20), les notaires ne peuvent pas se dessaisir de leurs minutes ; il n'y a donc que celui qui a le dépôt de la minute du contrat de mariage qui ait le droit de rédiger la contre-lettre à la suite de la minute. Cette condition n'étant requise que pour la validité de la contre-lettre à l'égard des tiers, il en résulte que la contre-lettre serait valable entre les parties si elle était reçue dans la forme authentique par n'importe quel notaire, dépositaire ou non de la minute.

Pour comprendre le motif des conditions que la loi prescrit dans l'intérêt des tiers, il faut ajouter qu'aux termes de l'article 1397 le notaire ne peut, à peine de dommages et intérêts, délivrer ni grosses ni expéditions du contrat de mariage sans transcrire à la suite le changement ou la contre-lettre. Les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers, en ce sens que leurs droits contre les époux dépendent du régime et des clauses que les époux ont consentis par leur contrat de mariage. Ceux qui traitent avec les époux ont donc grand intérêt à connaître leurs conventions matrimoniales ; régulièrement, ils se font représenter la grosse ou une expé-

dition du contrat de mariage. Il importe, par conséquent, que cet acte soit complet, et que, si les époux ont apporté des changements à leurs conventions primitives, ces changements y soient relatés. De là la nécessité de rédiger la contre-lettre à la suite de la minute. Si cette condition n'est pas remplie, la contre-lettre n'a pas d'effet à l'égard des tiers; à leur égard, elle n'existe pas, puisqu'ils ne peuvent pas la connaître. La contre-lettre qui n'est pas rédigée à la suite de la minute est clandestine, en ce sens qu'alors même qu'elle serait reçue par acte authentique, elle reste ignorée des tiers, ceux-ci devant croire que la grosse ou l'expédition qu'on leur représente contient toutes les conventions matrimoniales des époux. Il en résulte que la contre-lettre, valable entre les parties, sera inexistante à l'égard des tiers; leurs droits sur le patrimoine des époux seront réglés par le contrat de mariage comme s'il n'y avait pas de contre-lettre. C'est l'application du principe établi par l'article 1320 : valables entre les parties, les contre-lettres sont sans effet à l'égard des tiers (1).

103. La cour de cassation a fait une application remarquable de ces principes dans une espèce où l'immutabilité des conventions matrimoniales se trouvait en conflit avec le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal. Les époux étaient mariés sous le régime dotal. Le mari se livra à des spéculations hasardeuses et fit de mauvaises affaires. Débiteur de sommes considérables, il ne trouvait pas à emprunter malgré la fortune de sa femme, celle-ci étant protégée par la dotalité. Voici l'expédient auquel les époux eurent recours. Ils marièrent leur fille sous le régime de la communauté en lui constituant une dot de 100,000 francs à prendre sur une terre faisant partie de la dot de la mère et valant une somme beaucoup plus considérable. Si les époux avaient agi loyalement, ils auraient constitué ladite terre en dot jusqu'à concurrence de la somme de 100,000 francs qu'ils entendaient donner à leur fille; le surplus serait resté dotal, donc inaliénable. Dans

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 22, nos 13 et 13 *bis* I et II

ces termes, tout était légal (art. 1555), mais le mari restait sans crédit. Pour éluder l'obstacle de l'inaliénabilité, les constituants, d'accord avec leur fille et leur gendre, fraudèrent la loi en donnant en apparence à la fille la totalité de la terre sur laquelle la dot devait être prise et en l'ameublissant jusqu'à concurrence d'une somme de 250,000 francs; cela permettait au père d'emprunter sous le nom de son gendre. Par des actes secrets, il fut convenu que la dot n'était que de 100,000 francs et que le surplus serait employé à payer les dettes du père. En apparence, la mère seule y perdait une partie de ses biens dotaux; en réalité, le contrat de mariage était, comme le disait le pourvoi, un guet-apens pour les tiers. Les jeunes mariés firent des emprunts considérables; les tiers contractèrent en pleine confiance sur la foi du contrat de mariage apparent; mais les époux ayant, à leur tour, fait de mauvaises affaires, l'un des prêteurs, créancier d'une somme de 100,000 francs, expropria la terre qui lui avait été donnée en hypothèque. Alors la mère intervint et soutint que la dot de la fille n'était qu'apparente, que les conventions matrimoniales n'avaient eu pour but que d'enlever à la terre donnée en dot le caractère de dotalité; elle en demanda la nullité comme étant faites en fraude de ses droits. Les auteurs de ce guet-apens étaient des nobles! La cour de Paris admit le système de la demanderesse; elle donna gain de cause au principe de l'inaliénabilité de la dot; le contrat de mariage avait fait fraude à cette garantie de la femme dotale; or, la fraude entraîne la nullité de l'acte frauduleux, peu importe qu'elle soit pratiquée par le contrat de mariage ou par un autre acte. Sans doute; mais restait à savoir si les tiers pouvaient être victimes d'un contrat frauduleux. A leur égard, il n'y avait qu'un seul acte valable, le contrat de mariage qui leur donnait pleine sécurité et garantissait entièrement leurs droits. Qu'est-ce qu'on leur opposait? Une contre-lettre frauduleuse. Cette contre-lettre pouvait-elle leur être opposée? Non, car elle n'était pas rédigée dans les formes prescrites par la loi, elle n'était pas même authentique, donc elle n'existait pas à l'égard des tiers. La cour de cas-

sation devait, par conséquent, faire prévaloir le principe de l'immutabilité des conventions matrimoniales sur le principe de l'inaliénabilité de la dot. Des tiers de bonne foi, contractant sous la garantie d'un contrat de mariage, ne pouvaient être dépouillés de leur gage par un acte frauduleux sans existence légale et par l'un des complices de la fraude (1).

104. L'article 1397 dit que les contre-lettres non rédigées à la suite de la minute sont sans effet à l'égard des tiers. Que faut-il entendre ici par tiers? L'esprit de la loi donne la réponse à la question. Elle veut sauvegarder les intérêts de ceux qui traitent avec les époux dans l'ignorance des contre-lettres, donc tous ceux-là sont des tiers; cette ignorance, on le suppose, aurait pour effet de restreindre ou d'anéantir les droits qu'ils devaient avoir sur le patrimoine de sépoux en vertu du contrat de mariage(2); pour empêcher cette fraude, la loi dispose que la contre-lettre ne pourra leur être opposée. Nous venons d'en donner un exemple dans lequel il n'y a aucun doute. Il y a des applications sur lesquelles il y a controverse. Le mari cède une créance dotale; le cessionnaire agit contre le constituant, celui-ci lui oppose une contre-lettre qui porte réduction de la somme promise par le contrat de mariage : le cessionnaire peut-il repousser la contre-lettre en qualité de tiers? L'affirmative ne nous paraît pas douteuse. En effet, le cessionnaire serait trompé si, ayant acheté sur la foi d'un acte patent une créance de 20,000 fr., on pouvait lui opposer une contre-lettre qui réduit la dot à 10,000 francs; or, le but de la loi a été précisément d'empêcher que les tiers ne soient lésés par des actes qu'ils ne peuvent pas connaître et qui diminueraient les droits qu'ils ont en vertu du contrat de mariage (3).

(1) Cassation, 15 février 1847 (Dalloz, 1847, 1, 53). Le pourvoi a été admis par la chambre des requêtes sur le rapport de Troplong qui se trouve reproduit dans le *Traité* de l'auteur sur le *Contrat de mariage*, t. I, p. 129, n[os] 250-262.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 261 et suiv., § 503 *bis*. Rodière et Pont donnent une définition plus restrictive, combattue par Aubry et Rau, note 36.

(3) Aubry et Rau, t. V, p. 262, note 31. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 162.

On demande si les créanciers chirographaires des époux sont des tiers? Le contrat de mariage stipule le régime de communauté. Une contre-lettre établit la communauté d'acquêts et déclare les biens de la femme inaliénables. Sur la foi du contrat, un banquier prête aux époux une somme de 10,000 francs. Quand il poursuit l'expropriation, on lui oppose la contre-lettre en vertu de laquelle les biens de la femme ne peuvent être aliénés : peut-il la repousser, comme tiers? Oui, et sans doute aucun. Il est très-vrai que les créanciers chirographaires n'ont d'action sur les biens de leur débiteur qu'au moment de la poursuite, et qu'ils doivent prendre les biens dans l'état où ils se trouvent. Tel est le système du code civil; nous dirons, au titre des *Hypothèques*, que la loi hypothécaire belge y a dérogé en ce qui concerne les actes translatifs de droits réels immobiliers. Dans l'espèce, il ne s'agit point d'un acte d'aliénation fait par les débiteurs; on reste donc sous l'empire du code. Mais le principe général est modifié par l'article 1397; le débiteur ne peut pas opposer au créancier une contre-lettre qui modifie son contrat de mariage. Tel est aussi l'esprit de la loi; elle veut sauvegarder les intérêts de tous ceux qui traitent avec les époux, et empêcher qu'ils ne soient trompés par un acte qu'ils ne peuvent pas connaître; dans l'esprit de la loi, la disposition doit profiter aux créanciers chirographaires aussi bien qu'à ceux qui stipulent un droit réel (1).

105. L'article 1397 dit que les notaires ne peuvent délivrer aucune expédition du contrat de mariage, sans transcrire à la suite la contre-lettre, « à peine des dommages-intérêts des parties et sous plus grande peine s'il y a lieu ». La loi ne dit pas qu'à défaut de transcription la contre-lettre n'aura pas d'effet à l'égard des tiers; au lieu de la nullité, elle établit une autre sanction, des dommages-intérêts et, s'il y a lieu, des peines disciplinaires. Pourquoi la contre-lettre, quoique non transcrite, a-t-elle effet à l'égard des tiers, tandis qu'elle ne peut pas

(1) Aubry et Rau, t. V. p. 163, note 38. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 162.

leur être opposée lorsqu'elle n'a pas été rédigée à la suite de la minute? La loi le décide ainsi, par application des principes généraux de droit. Tout acte que les parties font conformément à la loi est valable; il est nul lorsque les parties ont omis une formalité substantielle qu'elle prescrit. La rédaction de la contre-lettre à la suite de la minute est une formalité substantielle; si elle n'est pas remplie, la contre-lettre doit être nulle; dans notre opinion, elle n'a aucune existence légale. Mais quand les parties se sont conformées à la loi, quand elles ont veillé à ce que le notaire rédige la contre-lettre à la suite du contrat, la contre-lettre doit avoir effet à l'égard des tiers, alors même que le notaire aurait négligé de la transcrire dans l'expédition du contrat de mariage; cette transcription est l'œuvre de l'officier public, les époux y restent étrangers; ils ont satisfait à la loi en faisant rédiger la contre-lettre à la suite de la minute; dès lors leur acte doit être pleinement valable.

Il fallait cependant une sanction à la disposition de la loi concernant la transcription de la contre-lettre. L'article 1397 dit que le notaire sera condamné à des dommages-intérêts envers les *parties*. Quelles sont ces parties? Ce sont ceux qui sont lésés par le défaut de transcription, c'est-à-dire les tiers auxquels les époux peuvent opposer la contre-lettre non transcrite; la contre-lettre peut leur être préjudiciable, en ce sens qu'ils n'auront pas sur les biens des époux les droits qu'ils devraient avoir en vertu du contrat de mariage; ce préjudice, ils l'éprouvent par la faute du notaire; celui-ci est responsable comme auteur du fait dommageable. On s'est prévalu du mot *parties* pour en induire que les dommages-intérêts sont dus aux *parties contractantes*, c'est-à-dire aux époux, ce qui conduit à une autre interprétation de la loi : les contre-lettres ne pourraient pas être opposées aux tiers, elles seraient donc nulles à leur égard, sauf le recours des époux contre le notaire. Cette opinion n'a pas trouvé faveur, elle crée une nullité que la loi ne prononce pas et elle déclare la contre-lettre nulle à l'égard des époux, bien que ceux-ci se soient conformés à la loi. Il est vrai que le mot *parties*

signifie généralement *parties contractantes*; dans l'article 1397, on peut aussi l'entendre dans le sens de parties intéressées ; cette interprétation doit être préférée, puisqu'elle concilie les textes avec les principes. C'est l'opinion générale, sauf le dissentiment de Toullier (1).

Le texte de l'article 1397 donne encore lieu à une légère difficulté. Que faut-il entendre par ces mots : « Et sous plus grande peine s'il y a lieu? » La coutume de Paris, à laquelle cette disposition est empruntée, disait *à peine de faux* : faut-il entendre l'article 1397 dans le même sens? Tous les auteurs disent que le notaire ne commettrait pas de faux en délivrant une expédition du contrat de mariage sans y transcrire la contre-lettre, mais il serait passible de peines disciplinaires conformément à la loi du 25 ventôse an XI.

§ V. *De la publicité du contrat de mariage.*

N° 1. DES COMMERÇANTS.

106. Le code de commerce (art. 67) exige que tout contrat de mariage entre époux dont l'un est commerçant soit transmis, par extrait dans le mois de sa date, aux greffes du tribunal civil et du tribunal de commerce du domicile du mari pour être inséré sur un tableau à ce destiné et exposé pendant un an dans l'auditoire de ces tribunaux, et, s'il n'y a pas de tribunal de commerce, dans la principale salle de la maison commune du domicile du mari. Cet extrait doit contenir les noms des époux et mentionner s'ils sont mariés en communauté, s'ils sont séparés de biens, ou s'il y a exclusion de communauté ou régime dotal. Cette publicité est très-incomplète, mais elle suffit pour ceux qui en ont connaissance; sachant que le commerçant avec qui ils traitent a fait un contrat de mariage, ils peuvent se le faire représenter. Mais la publicité n'est

(1) Duranton, t. XIV, p. 70, n° 69, et tous les auteurs, sauf Toullier, t. VI, 2, p. 60, n°s 67 et 68.

guère efficace que pour le moment, tant que le tableau sera exposé ; l'inscription de l'extrait sur un registre aurait assuré une publicité permanente. Aux termes de l'article 69, tout époux, séparé de biens ou marié sous le régime dotal, qui embrasserait la profession de commerçant, postérieurement à son mariage, sera tenu de faire pareille remise dans le mois du jour où il aura ouvert son commerce, à peine, en cas de faillite, d'être puni comme banqueroutier frauduleux.

107. Quelle est la sanction de ces formalités ? De droit commun, quand une disposition doit être rendue publique et que la publicité n'a pas eu lieu, la disposition ne peut pas être opposée aux tiers ; c'est le système de la loi hypothécaire belge (art. 1er). L'ordonnance de 1673 allait plus loin, elle prononçait la peine de nullité ; le code de commerce ne reproduit pas cette pénalité (1), il se borne à prononcer une amende et, s'il y a lieu, la destitution, contre le notaire qui a négligé de remplir la formalité que la loi le charge d'accomplir. C'est une sanction dérisoire ; l'amende et la destitution ne répareront pas le préjudice que les tiers éprouvent par le défaut de publicité. Pour trouver une sanction à la loi, les tribunaux ont été obligés de recourir à l'article 1382. Il est de principe que la femme, même dotale, répond sur ses biens de ses délits et quasi-délits ; or, la négligence que la femme commerçante met à observer la loi est un quasi-délit, puisque c'est un fait dommageable. Cela est vrai de l'époux qui, marié sous le régime dotal, embrasse la profession de commerçant postérieurement au mariage ; le code de commerce (art. 69) le charge de remplir les formalités prescrites par l'article 67 pour assurer la publicité du régime sous lequel il a contracté ; il est donc responsable du défaut de publicité (2). Mais quand l'époux était commerçant au moment où il se marie, ce n'est pas lui qui est chargé de remplir les formalités légales, c'est le notaire ; on ne peut donc pas imputer de négligence à l'époux, partant il

(1) Rejet, 20 avril 1869 (Dalloz, 1870, 1, 99).
(2) Rejet, 24 décembre 1860 (Dalloz, 1861, 1, 373).

n'y a pas de quasi-délit. Il en serait autrement si l'époux avait dissimulé son contrat frauduleusement : chacun répond de son dol. Nous n'insistons pas, parce que les nouvelles lois rendues en France et en Belgique ont comblé la lacune que présentait le code de commerce.

N° 2. DISPOSITIONS NOUVELLES.

108. L'article 76 du code civil prescrit les énonciations que doit contenir l'acte de mariage dressé par l'officier de l'état civil. Une loi française du 18 juillet 1850 porte que l'officier interpellera les futurs époux, ainsi que les personnes qui autorisent le mariage, si elles sont présentes, de déclarer s'il a été fait un contrat de mariage, et, dans le cas de l'affirmative, la date de ce contrat et le lieu de résidence du notaire qui l'aura reçu. La déclaration faite sur cette interpellation doit être énoncée par l'officier de l'état civil dans l'acte qu'il dresse, à peine d'amende. Si l'acte porte que les époux se sont mariés sans contrat, la femme sera réputée, à l'égard des tiers, capable de contracter dans les termes du droit commun. Afin de faciliter aux futurs époux l'observation de ces formalités, la loi charge le notaire qui a reçu le contrat de mariage de délivrer aux parties, au moment de la signature, un certificat sur papier libre énonçant les noms et le lieu de la résidence de l'officier public, les noms, prénoms, qualités et demeure des futurs époux, ainsi que la date du contrat. Ce certificat indiquera qu'il doit être remis à l'officier de l'état civil avant la célébration du mariage.

Notre loi hypothécaire a reproduit ces dispositions en les modifiant. Elle veut que l'officier de l'état civil énonce « la date des conventions matrimoniales des époux et l'indication du notaire qui les aura reçues; faute de quoi les clauses dérogatoires au droit commun ne pourront être opposées aux tiers qui auront contracté avec les époux dans l'ignorance des conventions matrimoniales. »

109. La loi belge a le même but que la loi française, c'est de faire connaître aux tiers qu'il y a un contrat de

mariage. Cela suffit déjà pour sauvegarder les intérêts des tiers diligents; la plus simple prudence leur commande de demander communication du contrat de mariage des époux avec lesquels ils contractent afin de savoir quels droits ils auront contre la femme et contre le mari. Le code de commerce limitait la publicité aux commerçants; il est certain que les commerçants ont des relations plus nombreuses avec les tiers que les personnes étrangères au commerce. Mais si la publicité est moins nécessaire, elle l'est toujours. Les lois nouvelles ont donc comblé une lacune du code. La loi française a été provoquée par les fraudes auxquelles donnait lieu la stipulation du régime dotal. La femme dotale déclarait qu'elle s'était mariée sans contrat, elle s'obligeait sur ses biens dotaux, puis elle opposait aux créanciers son contrat, qui rendait ses biens inaliénables (1). En Belgique, le régime dotal est peu usité; par suite les fraudes que la loi française a voulu prévenir ne se présentent guère; mais il y a une utilité générale à donner de la publicité aux conventions qui intéressent les tiers. Notre loi hypothécaire a introduit la publicité pour les transactions immobilières, elle devait aussi étendre la publicité aux conventions matrimoniales. La publicité a la même sanction : les conventions non rendues publiques ne peuvent être opposées aux tiers qui ont contracté de bonne foi avec les époux.

La loi belge ne contient pas les dispositions réglementaires qui se trouvent dans la loi française. Elles y ont été introduites à raison de l'ignorance de beaucoup d'officiers de l'état civil. Il y a telles provinces, en Belgique, où l'ignorance est la règle, et l'ignorance entrave l'exécution des meilleures lois. Le remède est sous la main. Il faut ajouter que jusqu'ici le législateur et le gouvernement ont rivalisé d'indifférence et d'incurie, alors que le grand souci des gouvernants devrait être d'instruire et de moraliser les générations naissantes.

110. Les lois nouvelles portées en France et en Belgique n'abrogent pas les dispositions du code de com-

(1) Voyez le rapport de Valette sur la loi de 1850 (Dalloz, 1850, 4, 150).

merce relatives à la publicité du contrat de mariage des commerçants, par la raison qu'une loi générale ne déroge pas à une loi spéciale. D'un autre côté, ces lois, par cela même qu'elles sont générales, reçoivent leur application à tous ceux qui contractent mariage, quelle que soit la profession des parties, donc aussi aux commerçants; pour ceux-ci, il y a donc une double publicité, celle du code de commerce et celle de la loi nouvelle (1).

111. Les formalités prescrites par la loi hypothécaire pourraient-elles être suppléées par des significations postérieures à la célébration du mariage? Il est certain que ceux à qui ces significations seraient faites ne pourraient pas se prévaloir de l'inobservation de la loi; il n'est pas même besoin de significations, il suffit que les tiers connaissent, n'importe par quelle voie, l'existence des conventions matrimoniales pour qu'elles puissent leur être opposées; c'est seulement quand ils les ignorent qu'elles n'ont aucun effet à leur égard. Ce n'est pas dans ces termes que la question s'est présentée. Le mari, s'étant aperçu que les formalités de la loi n'avaient pas été remplies, signifia au bourgmestre de la commune où le mariage avait été célébré et au greffier du tribunal un acte portant que la signification était faite pour réparer l'omission commise dans le contrat de mariage et pour que ce contrat puisse produire à l'avenir ses effets à l'égard des tiers. La cour de Liége a jugé, et avec raison, que des formalités prescrites dans l'intérêt des tiers ne pouvaient pas être remplacées par d'autres formalités, lesquelles, d'ailleurs, n'atteignent pas le but que la loi a eu en vue. Les actes de l'état civil sont publics et assurent, par conséquent, la publicité des énonciations qui s'y trouvent; tandis qu'une signification extra-légale ne donne aucune publicité à la déclaration que l'huissier constate (2).

(1) Circulaire du ministre de la justice, § 1er (Dalloz, 1850, 3, 79).
(2) Liége, 28 février 1857 (*Pasicrisie*, 1858, 2, 45).

§ VI. *Des frais du contrat de mariage.*

112. Qui doit supporter les frais du contrat de mariage? Il y a une grande incertitude dans la doctrine et dans la jurisprudence sur cette question qui paraît si simple. Nous croyons inutile d'entrer dans le détail des diverses opinions qui se sont fait jour, parce que les principes décident la difficulté. Il faut d'abord distinguer deux ordres d'idées que l'on a souvent confondus. Qui est obligé de payer ces frais, c'est-à-dire contre qui le créancier a-t-il action? Celui qui a payé la dette doit-il la supporter pour le tout, ou y a-t-il lieu de la répartir entre les époux?

Le contrat de mariage se fait avant la célébration du mariage, alors qu'il n'y a aucun lien entre les futurs époux. Ceux-ci restent, par conséquent, soumis au droit commun; or, la règle est que les parties contractantes sont débiteurs personnels des frais de l'acte qu'elles passent; et, d'après le droit commun encore, quand il y a deux débiteurs, la dette se partage entre eux par moitié; chacun des futurs époux est donc débiteur personnel pour moitié des frais et peut être poursuivi par le créancier pour cette moitié. Il y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (1).

Faut-il appliquer ce principe aux constitutions de dot et aux libéralités faites par contrat de mariage? Si la donation est personnelle à l'époux donataire, lui seul est débiteur, car la disposition est faite dans son intérêt exclusif. Il en serait ainsi si la libéralité était faite en dehors du contrat de mariage; et la circonstance que le contrat de mariage la constate n'en change pas la nature ni le caractère. Mais si la donation était faite aux deux époux, chacun serait débiteur pour moitié, et il en faudrait dire autant si la future communauté était donataire, car la communauté n'est pas une personne civile contre laquelle on puisse agir; les actions intentées contre la communauté

(1) Cassation, 21 juillet 1852 (Dalloz, 1852, 1. 194).

doivent être formées contre le mari qui en est le chef ; dans l'espèce, la femme pourrait être poursuivie pour moitié, d'après le droit commun (1).

113. Ceci nous conduit à la seconde question. Qui supporte les frais? Cela dépend des conventions matrimoniales des époux. S'ils se marient sous le régime de la communauté légale, la moitié des frais dont chacun est tenu étant une dette mobilière antérieure au mariage, cette dette entrera dans le passif de la communauté légale et sera régie par le droit commun ; le mari la supportera pour le tout si la femme renonce à la communauté, et si elle l'accepte, elle contribuera pour moitié, sauf son bénéfice d'émolument. Si les époux sont mariés sous un régime exclusif de communauté, chacun d'eux reste débiteur personnel des dettes qu'il avait contractées avant la célébration du mariage.

La cour de Dijon a admis une autre base ; elle dit que les frais doivent se répartir dans la proportion des apports respectifs des deux époux (2). Cela nous paraît arbitraire : toute dette se divise d'après le nombre des débiteurs, sauf dérogation. Y a-t-il dérogation, dans l'espèce? On pourrait dire que la contribution se règle d'après l'intérêt des époux ; mais ce principe ne nous paraît pas applicable aux frais d'un contrat qui intéresse également chacune des parties, sauf à elles à estimer leur intérêt, s'il est distinct.

ARTICLE 2. Des clauses prohibées.

§ Ier. *Des clauses contraires aux bonnes mœurs.*

114. L'article 1387, après avoir posé le principe que les époux peuvent faire leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos, ajoute : « pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ». Cette res-

(1) Comparez, en sens divers, Aubry et Rau, t. V, p. 249 et notes 11-13, § 504. Troplong, t. I, p. 114, n° 199. Rodière et Pont, t. I, nos 295 et 296 (2e éd.).

(2) Dijon, 3 décembre 1869 (Dalloz, 1870, 2, 161).

triction n'est pas particulière au contrat de mariage, c'est une règle générale que la loi formule à plusieurs reprises. L'article 6 dit que les particuliers ne peuvent pas déroger par leurs conventions aux lois qui intéressent les bonnes mœurs; l'article 900 répute non écrites les conditions contraires aux mœurs; aux termes de l'article 1131, l'obligation sur une cause illicite ne peut avoir aucun effet; et, d'après l'article 1133, la cause est illicite quand elle est contraire aux bonnes mœurs. L'article 1172 porte que, dans les obligations conventionnelles, toute condition d'une chose contraire aux bonnes mœurs est nulle et rend nulle la convention qui en dépend. Qu'entend-on par une condition ou clause contraire aux mœurs, ou aux bonnes mœurs? Nous renvoyons à ce qui a été dit, au titre des *Donations*, sur l'article 900 (t. XI, p. 639, nos 491 et 492).

115. Voici un exemple emprunté à la jurisprudence. Les conventions matrimoniales ont essentiellement pour objet de régler les droits et les intérêts des époux. Quand les parents y interviennent, c'est pour faire des libéralités à leurs enfants. Il s'est présenté un contrat de mariage dont toutes les stipulations étaient faites en faveur de la mère et du beau-père de la future. En considération du mariage, la future, encore mineure, renonce à demander un compte de tutelle et abandonne à sa mère et à son beau-père son mobilier, ainsi qu'un héritage à elle appartenant; de plus, elle s'impose diverses autres charges. De son côté, le futur contracte l'obligation de conduire chaque année le bois de chauffage de ses beaux-parents et de leur payer annuellement, pendant leur vie, douze boisseaux de blé et 200 francs en argent. Il est évident, dit la cour de Bourges, que ces différentes obligations, imposées par les père et mère de la future, ont été une des conditions du mariage; c'est dire que le consentement de la mère et du beau-père avait été acheté par les futurs; pour mieux dire, les parents l'avaient mis à prix; condition profondément immorale et qui viciait le contrat dans son essence. On objectait en vain que ces diverses stipulations constituaient une pension alimentaire; l'arrêt répond que rien

ne prouve que les parents eussent besoin d'une pension; le contrat ne parlait pas d'aliments, il considérait plutôt les obligations imposées aux futurs époux comme une créance; aussi les parents en avaient-ils cédé le bénéfice d'avance à un tiers pendant plusieurs années. Les conventions furent déclarées nulles (1).

116. Les dispositions directement contraires aux bonnes mœurs sont rares dans les contrats de mariage, comme dans tout contrat. Ce n'est pas que l'immoralité manque, mais on ne l'affiche pas dans les actes authentiques. Des libéralités sont d'ordinaire faites aux futurs époux, ou par les époux l'un à l'autre. Si l'on y ajoute une condition illicite, il faut appliquer l'article 900 : la condition sera réputée non écrite et la donation vaudra; à plus forte raison le contrat de mariage n'en sera-t-il pas vicié; tandis que si la condition est licite et qu'elle ne soit pas remplie, la donation peut être révoquée. Il importe donc beaucoup de savoir si la condition est ou non contraire aux bonnes mœurs. La question a été vivement agitée pour la condition de ne pas se remarier. Nous l'avons examinée ailleurs (t. XI, p. 649, n° 501) (2). En matière de conventions matrimoniales, on a proposé une distinction qui est admissible en théorie, bien qu'elle soit très-difficile à appliquer. Si la condition a pour but essentiel d'imposer la viduité et d'empêcher un second mariage, elle porte atteinte à la liberté, partant elle est illicite. Mais elle peut aussi avoir un but licite; tel serait le désir de veiller aux intérêts des enfants du premier lit, toujours compromis par un second mariage; tel serait encore le désir de pourvoir aux besoins de l'époux donataire pendant sa viduité, besoins qui viennent à cesser s'il se remarie. Ce dernier cas s'est présenté devant la cour de Bruxelles. Le contrat de mariage portait : « En considération de l'amitié que le futur mari porte à sa future épouse, il lui fait, en cas de survie de celle-ci, don de l'usufruit, pendant sa viduité seulement, de divers

(1) Bourges, 29 janvier 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 89).
(2) Comparez, en sens divers, Delvincourt, Vazeille, Pezzani, Duranton, Poujol, Rodière et Pont (Rodière, t. I, p. 35, n° 52), et Marcadé, t. V, p. 404, n° II de l'article 1387.

immeubles spécifiés dans le contrat. » La cour a jugé que cettestipulation n'avait rien de contraire aux bonnes mœurs, mais sans motiver autrement sa décision (1); on pouvait, en effet, la considérer, non comme une donation conditionnelle, mais comme une libéralité à terme ayant pour objet d'assurer à la veuve les nécessités de la vie, ou l'aisance dont elle avait joui pendant le mariage, aussi longtemps qu'elle serait veuve, sans vouloir l'empêcher de se remarier; seulement, en cas de convol, les besoins cessant, les effets de la libéralité cessaient. La distinction est très-délicate, mais elle est juridique.

§ II. *Des clauses contraires à l'ordre public.*

117. Quand la loi prohibe les conventions ou conditions contraires aux *bonnes mœurs,* elle y ajoute d'ordinaire celles qui sont contraires à l'*ordre public* (art. 6 et 1133). L'article 1387 ne mentionne pas l'ordre public; après avoir défendu les conventions contraires aux bonnes mœurs, il ajoute : « et, en outre, sous les modifications qui suivent ». C'est d'abord l'article 1388 qui contient des applications du principe d'après lequel les dispositions contraires à l'ordre public sont nulles. Nous avons dit, en expliquant l'article 6, que l'ordre public en matière de droit privé consiste dans l'état des personnes et dans la capacité ou l'incapacité qui en résultent (t. Ier, p. 83, n°s 47-49). L'article 1388 consacre implicitement ce principe en défendant aux époux de déroger aux droits qui résultent de la puissance maritale, de la puissance paternelle et de la tutelle; il explique, par des exemples, ce que la loi entend d'ordinaire par cette expression un peu vague d'*ordre public*. L'exposé des motifs formule le principe en termes plus généraux en disant que les époux ne peuvent pas faire de conventions qui soient contraires aux bonnes mœurs et à l'*ordre public* (2).

(1) Bruxelles, 1er août 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 25).
(2) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 4 (Locré, t. VI, p. 389)

118 L'article 1388 porte que les époux ne peuvent déroger aux droits qui résultent de la puissance maritale sur la personne de la femme. La jurisprudence n'offre pas d'exemple d'un contrat de mariage qui ait dérogé à la puissance maritale; les exemples que les auteurs donnent sont d'une telle évidence, nous allions dire d'une telle simplicité, qu'il ne vaut pas la peine de les rapporter (1).

La loi ne parle de la puissance du mari que sur la personne de la femme. Il résulte de la puissance maritale une conséquence très-importante quant aux biens, c'est l'incapacité de la femme mariée. Le même chapitre qui traite des droits et des devoirs des époux établit le principe que la femme ne peut faire aucun acte juridique sans l'autorisation de son mari ou de justice (art. 215-218). L'incapacité de la femme mariée, étant une conséquence de la soumission qu'elle doit à son mari, est par cela même d'ordre public; il n'est donc pas permis aux époux d'y déroger. Pothier dit que les conventions qui tendent à soustraire la femme à la puissance que les coutumes accordent au mari sur elle sont regardées comme étant, dans nos mœurs, contraires à la bienséance publique et, en conséquence, nulles. C'est pour cette raison, dit-il, que la jurisprudence a déclaré nulles les autorisations générales dans les contrats de mariage, c'est-à-dire les clauses par lesquelles il est porté que le mari autorise sa femme, non-seulement pour administrer, mais même pour aliéner à son gré ses héritages, à quelque titre que ce soit, sans qu'elle ait besoin de recourir pour cela à une autorisation particulière. Les arrêts ont proscrit ces clauses d'autorisation générale comme tendantes à rendre la femme indépendante du mari et à la soustraire entièrement à sa puissance (2).

Le code a consacré ces principes. Aux termes de l'article 223, « toute autorisation *générale*, même stipulée *par contrat de mariage*, n'est valable que quant à l'*administration* des biens de la femme ». L'article 1538 complète cette prohibition, en disposant que « toute autorisation

(1) Duranton, t. XIV, p. 22, n° 25. Aubry et Rau, t. V, p. 265, § 504.
(2) Pothier, *Introduction* au *Traité de la communauté*, n° 5.

générale d'aliéner les immeubles donnée à la femme, soit par contrat de mariage, soit depuis, est nulle ». Au chapitre du régime dotal, la loi reproduit la défense en dérogeant, sur ce point, au droit romain : la femme dotale a l'administration de ses biens paraphernaux, mais elle ne peut les aliéner sans l'autorisation du mari. Les autorisations spéciales sont valables ; c'est le droit commun.

Le code ne prohibe les autorisations générales que pour ce qui regarde les aliénations. En faut-il conclure que le contrat de mariage pourrait autoriser la femme à faire les autres actes juridiques pour lesquels la loi la déclare incapable? Non, certes. L'incapacité de la femme a le même caractère, quel que soit l'acte, elle est toujours d'ordre public ; on ne peut donc y déroger pour aucun acte par une autorisation générale. Le cas s'est présenté pour l'autorisation générale de plaider. Il a été jugé que cette autorisation était valable pour le procès dans lequel la femme était engagée au moment où le mari l'autorisait en termes généraux. Cela était admissible en fait, parce que le mari avait concouru avec sa femme dans divers actes de la procédure (1). Mais, en droit, la cour de cassation aurait dû déclarer l'autorisation générale nulle, ne fût-ce qu'en l'honneur des principes. Alors même que la loi admet que l'autorisation du mari peut être générale, comme pour la femme commerçante, elle ajoute que la femme, même marchande publique, ne peut ester en jugement sans l'autorisation de son mari (art. 220 et 215).

119. Il s'est trouvé dans un contrat de mariage une singulière stipulation concernant la séparation de corps ; il était dit que, si les époux étaient séparés de corps, les revenus demeureraient communs. Au point de vue moral, il est étrange que l'on prévoie la possibilité d'une séparation de corps au moment où l'on se marie, car la séparation ne peut être prononcée que pour adultère, sévices, délits ou injures graves. Au point de vue juridique, il est tout aussi étrange qu'il y ait communauté de revenus entre des époux séparés de corps. La communauté des biens est

(1) Cassation, 22 mai 1815 (Dalloz, au mot *Mariage*, n° 854).

une conséquence de la communauté de vie et d'affection; voilà pourquoi l'article 311 dispose que la séparation de corps emportera *toujours* séparation de biens. Cela est d'ordre public, donc les époux n'y peuvent pas déroger. Il est vrai que l'article 1388 ne prévoit pas ce cas; mais cette disposition n'est que l'application d'un principe plus général qui défend toute convention contraire à l'ordre public (n° 117); or, la séparation de corps est d'ordre public, aussi bien que le mariage. La cour de Bruxelles l'a jugé ainsi, mais sans donner le vrai motif de décider (1).

120. L'article 1388 dit que les époux ne peuvent déroger aux droits résultant de la puissance *maritale* sur la personne des *enfants*. Il n'est pas exact de dire que la puissance *maritale* donne un droit sur les enfants; car, d'après le code civil, la puissance *paternelle* appartient à titre égal aux *père* et *mère*, seulement le père exerce seul cette autorité pendant le mariage (art. 372 et 373). Du reste, la puissance paternelle est d'ordre public, aussi bien que la puissance maritale, puisqu'elle concerne l'état et la capacité des personnes; il est donc défendu aux époux d'y déroger.

L'application de l'article 1388 donne lieu à une question très-importante au point de vue des principes. Il est assez d'usage que les époux qui sont de religions différentes conviennent que les garçons seront élevés dans la religion du père et les filles dans celle de la mère; dans les pays catholiques, on impose aux époux d'élever leurs enfants dans la religion catholique dès que l'un des époux est catholique. On demande quelle est la valeur de ces conventions, en supposant qu'elles soient écrites dans le contrat de mariage? Les auteurs s'accordent à enseigner qu'elles n'ont qu'une valeur morale; c'est le père qui, pendant le mariage, a l'exercice de la puissance paternelle, et la puissance paternelle n'est autre chose que le droit, pour mieux dire, le devoir d'éducation. Cela décide la question.

(1) Bruxelles, 28 mars 1810 (Dalloz, au mot *Puissance paternelle*, n° 58, 1°).

Le père ayant le droit et le devoir d'éducation, c'est à lui et à lui seul qu'il appartient de diriger l'éducation religieuse de l'enfant. S'il a des convictions religieuses, et il doit en avoir, son devoir est d'élever ses enfants dans des convictions qui pour lui sont la vérité. On ne conçoit pas qu'il intervienne des conventions sur un devoir de conscience, sur la charge d'âmes que Dieu impose à ceux auxquels il donne des enfants; ce qui est d'ordre public et d'ordre moral est étranger aux conventions qui n'ont pour objet que des intérêts pécuniaires (1).

Il y a cependant des dissentiments et des restrictions. Rodière et Pont disent que le droit d'éducation appartient à titre égal au père et à la mère; en effet, l'article 203 porte que les époux contractent ensemble, par le fait seul du mariage, l'obligation d'élever leurs enfants. De là on conclut que si les père et mère sont en désaccord, le débat doit être porté devant les tribunaux (2). On oublie que le droit d'éducation fait partie de la puissance paternelle et que cette puissance, si elle appartient à titre égal aux père et mère, est exercée par le père seul. Le code prévoit un cas où les père et mère sont en désaccord; le père consent au mariage de l'enfant mineur, la mère refuse son consentement : est-ce que le juge sera appelé à vider ce conflit? L'article 148 répond que le consentement du père suffit. C'est l'application du principe posé par l'article 373, qui confie au père seul l'exercice de la puissance paternelle durant le mariage. Cela est aussi fondé en raison. Si le tribunal doit intervenir aussi souvent que le père et la mère sont en désaccord sur une question d'éducation, on verra le juge décider que le fils étudiera le droit au lieu de la médecine, et que la fille prendra le voile au lieu de se marier. On peut dire que cela est absurde, car c'est charger le juge d'une mission qu'il est incapable de remplir, et il n'a pas davantage qualité pour décider si les enfants seront élevés dans la religion catholique ou dans la religion protestante.

(1) Duranton, t. XIV, p. 22, n° 24. Aubry et Rau, t. V, p. 266 et note 2. Troplong, t. I, p. 72, n° 61. Colmet de Santerre, t. VI, p. 4, n° 5 *bis* II.
(2) Rodière et Pont, t. I, p. 38, n° 57.

Marcadé est d'accord, mais avec une réserve. Le père peut abuser de son pouvoir, il pourrait vouloir élever ses enfants dans le mahométisme ou dans la doctrine soi-disant religieuse de quelque songe-creux comme Fourier : nul doute, dit Marcadé, que, dans ce cas, les tribunaux ne puissent et ne doivent enlever au père la direction de l'éducation (1). N demanderons où il est dit que les tribunaux ont le droit de priver le père de son pouvoir d'éducation. Nous avons discuté ce point ailleurs (t. III, p. 62, n° 43). L'étrange pouvoir que Marcadé reconnaît aux tribunaux vient à l'appui de notre opinion. Le mahométisme n'est pas plus de notre goût que le fouriérisme, mais il ne s'agit pas d'une question de goût, il s'agit d'une question de droit, et, au point de vue du droit, toutes les croyances religieuses sont sur la même ligne. Nous croyons inutile d'insister.

121. La puissance paternelle produit des effets considérables quant aux biens des enfants : le père en a l'administration et la jouissance. On demande si le contrat de mariage peut déroger à ces droits? Nous avons enseigné à plusieurs reprises que l'administration légale est d'ordre public, tandis que l'usufruit légal est un avantage pécuniaire qui, comme tout droit pécuniaire, peut faire l'objet de conventions (2). Tous les auteurs sont d'un avis contraire : MM. Aubry et Rau, qui dans leurs premières éditions avaient professé notre opinion quant à l'usufruit légal, l'ont abandonnée dans la quatrième édition (3). Faut-il suivre leur exemple et nous rallier à la doctrine dominante? Si les raisons données par les éditeurs de Zachariæ nous avaient convaincu, nous n'éprouverions aucun scrupule à rétracter notre erreur. Mais notre conviction reste la même, nous devons donc la maintenir, quand même nous resterions seuls de notre avis. Notre tâche est d'établir les principes, sans nous soucier si l'on nous suivra ou non; si nous professons la vérité, elle l'em-

(1) Marcadé, t. V, p. 407, n° V de l'article 1389.
(2) Voyez le tome IV de mes *Principes*, p. 383, n°s 297 et 298; p. 423, n° 323; p. 428, n° 327; t. XI, p. 587, n° 448.
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 265, note 1, § 504.

portera ; si c'est l'erreur, nous la condamnons d'avance.

On nous oppose des autorités spéciales concernant les conventions matrimoniales. Dans la discussion qui s'éleva au conseil d'Etat sur l'article 1388, Treilhard et Berlier se prononcèrent pour l'opinion que nous combattons. Treilhard dit que l'article 1388 ne parle de la puissance paternelle que pour défendre les stipulations qui priveraient le père de son pouvoir sur la personne de ses enfants et de l'usufruit de leurs biens. Berlier s'exprime dans le même sens : « La jouissance des revenus de l'enfant attachée au droit de garde n'est pas la matière de conventions entre époux, c'est l'ordre établi par la loi dans les familles ; il n'y aura rien de fixe si l'on peut y déroger (1). » Le témoignage seul de Treilhard a paru si décisif à Troplong qu'il ne prend pas la peine de discuter l'opinion contraire. Ne dirait-on pas que Treilhard est infaillible? Quel était l'objet de la discussion? Etait-ce de décider si oui ou non on pouvait déroger à l'usufruit légal? Du tout ; on discutait le sens de cette expression de l'article 1388, que les époux ne peuvent pas déroger aux droits du mari *comme chef*. L'expression est vague et le débat l'est encore bien plus ; il est tellement confus qu'après avoir lu le procès-verbal, on ne sait point ce que le conseil a voulu dire. Après tout, des paroles échangées incidemment dans la délibération d'un corps qui ne faisait que préparer la loi ne sont d'aucune autorité. Restent les principes d'après lesquels la question doit être décidée. Nous les avons exposés ailleurs, et ce que nous avons dit répond d'avance aux arguments qui ont entraîné les éditeurs de Zachariæ.

122. L'article 1388 défend encore aux époux « de déroger aux droits conférés au survivant des époux par le titre de la *Puissance paternelle* et par le titre de la *Minorité*, de la *Tutelle* et de l'*Emancipation* ». Quand l'un des père et mère meurt, la tutelle s'ouvre, elle appartient au survivant, sauf au mari s'il prédécède à nommer un con-

(1) Séance du conseil d'Etat, du 6 vendémiaire an XII, n° 8 (Locré, t. VI, p. 346 et 347).

seil à la mère tutrice. Les époux ne peuvent déroger à la tutelle, parce qu'elle est d'ordre public. Sur ce point, nous citerons une observation faite au conseil d'État par le consul Cambacérès, elle donnera une idée des choses que l'on y débitait trop souvent et que l'on voudrait transformer en loi. Cambacérès critiquait l'article 1388 : il n'y avait point de motif, d'après lui, de défendre la stipulation par laquelle des parents sages, craignant que la femme jeune encore ne puisse porter le poids de la tutelle, conviendraient que, dans le cas de mort du mari, elle ne deviendrait pas tutrice avant l'âge de vingt-cinq ans. Berlier, esprit bien plus juridique que le consul, lui répondit que le mari avait le droit de nommer un conseil à la femme, et que, s'il ne lui en donnait pas, la femme a le droit d'être tutrice, droit qu'aucune convention ne peut lui enlever, car c'est un devoir que la nature et la loi lui imposent (1).

§ III. *Des clauses contraires aux droits du mari comme chef.*

123. « Les époux ne peuvent déroger aux droits du mari comme chef » (art. 1388). Cette disposition est obscure : de quels droits du mari s'agit-il? On a cru que la loi parlait des droits que le mari a comme tel, c'est-à-dire comme exerçant la puissance maritale sur la personne de la femme. Cette interprétation est inadmissible, puisqu'elle ferait dire deux fois la même chose à la loi. En effet, le commencement de l'article défend de déroger aux droits résultant de la puissance maritale sur la personne de la femme; quand la loi parle immédiatement après des droits du mari comme chef, elle doit entendre d'autres droits que ceux dont il vient d'être question; or, il n'y en a d'autres que ceux qui appartiennent au mari sur les biens (2). Il nous faut donc voir quels droits le mari a sur les biens à titre de *chef*.

(1) Séance du conseil d'Etat du 6 vendémiaire an XII, n° 8 (Locré, t. VI, p. 345 et 347).
(2) Marcadé, t. V, p. 408, n° V de l'article 1388.

124. Cette disposition de l'article 1388 paraît avoir été empruntée à Pothier. On lit dans son *Introduction au Traité de la communauté*: « S'il était dit dans un contrat de mariage « que la femme serait le *chef de la communauté* de biens qui aurait lieu entre les époux », une telle convention ne serait point valable, étant contre la bienséance publique que l'homme, que Dieu a fait pour être le chef de la femme, *vir est caput mulieris*, ne soit pas le chef de leur communauté de biens (1). » On voit que Pothier applique le principe à la communauté, tout en donnant des motifs qui s'appliquent à tout régime, car sous toute espèce de régime, le mari est le chef de la femme. Aussi les termes de l'article 1388 sont-ils généraux, et ils se trouvent sous la rubrique des *Dispositions générales* applicables à tous les régimes. Toutefois, le principe que la loi établit intéresse surtout la communauté, qui est une société de biens entre époux, tandis que sous les autres régimes les époux sont séparés de biens. Dans une société, il importe de savoir si les droits des associés sont égaux, comme le veut le droit commun, ou si l'un des associés, le mari, est le chef. L'article 1388 décide implicitement que le mari est le chef de l'association conjugale quant aux biens; ce qui est très-logique, puisqu'il est aussi le chef de l'association quant aux personnes. Le principe que le mari est le chef, découlant de la puissance maritale, est par cela même d'ordre public, quoiqu'il concerne les biens; c'est la raison pour laquelle les conjoints n'y peuvent pas déroger. On ne pourrait donc stipuler que les époux seraient égaux; on ne comprendrait pas que les époux fussent égaux comme associés, alors qu'ils sont inégaux comme conjoints.

125. Faut-il induire de là que les pouvoirs que la loi accorde au mari sous le régime de communauté ne peuvent subir aucune modification? La question est controversée; pour la décider, il faut distinguer les divers cas qui peuvent se présenter. Quant aux biens du mari, il est certain que le contrat de mariage ne peut limiter ses droits,

(1) Pothier, *Introduction*, n° 4.

il ne les exerce pas comme chef, il les exerce comme propriétaire ; or, le régime de communauté, pas plus que tout autre régime, ne modifie les droits du mari sur son patrimoine ; il conserve, après le mariage, le plein droit de propriété qu'il avait avant de se marier ; le mariage n'exerçant aucune influence sur les droits du mari, il faut écarter l'article 1388, il ne s'applique pas au mari. Cette disposition ne concerne que les biens possédés par l'association conjugale, la communauté et les biens de la femme.

Aux termes de l'article 1421, le mari seul administre les biens de la communauté. Les époux peuvent-ils déroger à ce principe qui domine tout le régime, à tel point que dans l'ancien droit on disait que le mari est maître et seigneur? Non ; sur ce point, tout le monde est d'accord. L'article 1421 donne au mari l'administration exclusive de la communauté, comme conséquence de la puissance maritale ; de même que dans la société des personnes le mari exerce un pouvoir, de même dans la société des biens la loi veut qu'il y ait un maître, et ce maître c'est le mari. Il va donc sans dire que le contrat de mariage ne pourrait donner l'administration exclusive à la femme, car ce serait faire de la femme le chef, alors que la loi veut que ce soit le mari. Le contrat ne pourrait pas davantage partager l'administration entre le mari et la femme ; ce serait établir l'égalité entre les époux ; or, la loi a rejeté le principe de l'égalité en déclarant que la femme est soumise au mari (art. 212), et que le mari est le chef de l'association quant aux biens (art. 1387). Cette inégalité ne viole pas la justice. En ce qui concerne la société de biens que les époux forment, le pouvoir que la loi reconnaît au mari n'est que l'expression des facultés diverses des époux et de la mission qui en résulte pour chacun d'eux : à la femme, le gouvernement du ménage et l'éducation des enfants ; au mari, la direction des intérêts généraux de la famille. De fait, la femme sera consultée et son avis sera écouté. De droit, il fallait, dans une société de deux personnes, donner la prépondérance à l'une d'elles pour éviter des conflits journaliers ; cette prépondé-

rance appartient au mari par la nature, la loi n'a fait que a consacrer.

L'article 1421 donne au mari un autre pouvoir plus étendu et également exclusif en disposant que le mari peut, sans le concours de la femme, vendre, aliéner et hypothéquer les biens de la communauté. Peut-on stipuler que le mari n'aura le droit de disposer des biens communs qu'avec le concours de la femme? La question divise les auteurs : l'opinion assez générale est que cette stipulation serait nulle. La loi donne au mari le droit d'aliéner, au même titre que le droit d'administrer et avec la même étendue, en ce qui concerne les actes onéreux; c'est un pouvoir exclusif, le concours de la femme est expressément exclu. Ce pouvoir a le même fondement, qu'il s'agisse d'aliéner ou d'administrer; c'est la conséquence de l'inégalité qui règne dans le mariage et dans l'association des biens. Il faut donc dire du droit d'aliéner ce que nous venons de dire du droit d'administrer : il appartient au mari comme chef, dès lors il est défendu aux époux d'y déroger (1). L'opinion contraire se fonde sur une fausse interprétation de l'article 1388; on suppose qu'en défendant aux époux de déroger aux droits du mari comme chef, la loi n'a entendu sauvegarder que la puissance maritale en laissant une entière liberté aux époux quant aux biens; nous disons que l'interprétation est fausse, puisqu'elle est contraire au texte même de la loi (n° 123). Il n'y a pas d'arrêt sur la matière; il faut donc croire qu'il n'est jamais venu à la pensée de futurs époux de subordonner l'autorité du mari à un concours de la femme.

Il y a cependant une hypothèse dans laquelle la question devient douteuse. La femme ameublit ses immeubles, ou les époux stipulent la communauté universelle, ce qui implique l'ameublissement des biens de chacun des époux; le contrat pourrait-il stipuler que le mari n'aura le droit

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 266, note 3, § 504, et les autorités qu'ils citent.

(2) Toullier, Duranton, Battur et Zachariæ (Rodière et Pont, t. I, p. 59, n° 60). Marcadé a réfuté cette opinion (t. V, p. 412 et suiv., n° VI de l'article 1388).

d'aliéner les biens ameublis de la femme qu'avec son consentement? De droit commun, les immeubles de la femme restent en dehors de la communauté; la femme en les y faisant entrer ne peut-elle pas mettre comme condition que le mari aura besoin de son concours pour en disposer? Au premier abord, on est tenté de croire que c'est là l'exercice du droit de propriété. Celui qui aliène ses biens ne peut-il pas le faire sous telle condition qu'il juge convenable? La femme est libre de stipuler que ses biens seront inaliénables; pourquoi ne pourrait-elle pas stipuler que son consentement est nécessaire pour les aliéner? Toutefois, la cour de Paris a jugé que cette stipulation est nulle; c'est aussi l'opinion de la plupart des auteurs, mais il importe de préciser les motifs de décider. La cour cite l'article 1421 qui donne au mari le droit d'aliéner sans le concours de la femme; cela est de l'essence de la communauté, dit l'article (1). Sans doute, mais pour quelle raison cela est-il de l'essence de la communauté? L'article 1387 donne plein pouvoir aux époux de faire leurs conventions matrimoniales comme ils le jugent à propos; il leur est donc permis de déroger aux dispositions du code sur les divers régimes. Notre question revient : pourquoi ne leur est-il pas permis de déroger à l'article 1421? La réponse se trouve, non dans l'article 1421, mais dans l'article 1388. C'est parce que la clause déroge aux droits du mari comme chef qu'elle est frappée de nullité. Les époux sont libres d'étendre ou de restreindre la société de biens qu'ils forment, ils peuvent stipuler une communauté universelle ou réduire la communauté aux acquêts. Mais une fois la communauté formée, le mari en devient le chef et il est défendu de déroger aux droits qui lui appartiennent comme chef.

126. L'article 1428 donne au mari l'administration de tous les biens personnels de la femme. Ce pouvoir lui appartient-il comme chef? ou les époux y peuvent-ils déroger? La loi permet à la femme de stipuler qu'elle aura la libre administration de ses biens; c'est ce qu'on appelle le

(1) Paris, 7 mai 1855 (Dalloz, 1856, 2, 257).

régime de séparation de biens (art. 1536). Sous le régime dotal, la femme a l'administration de ses biens paraphernaux (art. 1576). Cela prouve déjà que l'administration des biens de la femme n'appartient pas au mari comme chef; s'il l'avait à ce titre, on ne pourrait y déroger, et le régime de séparation de biens deviendrait impossible. Si la mari a l'administration des biens de la femme, c'est qu'il en a la jouissance : il est très-naturel que celui qui jouit administre. L'administration et la jouissance sont unies sous les régimes de communauté, d'exclusion de communauté et sous le régime dotal; le mari, sous ces divers régimes, jouit des biens de la femme, et il les administre. Sous le régime de séparation de biens, au contraire, c'est la femme qui jouit, et c'est aussi elle qui administre; il en est de même, sous le régime dotal, des biens paraphernaux. Or, le droit du mari, quant à la jouissance, peut être limité; donc le droit d'administration aussi peut l'être. Il y a un régime sous lequel le mari n'a pas la jouissance des biens de la femme, c'est la séparation de biens; par suite, le mari n'en a pas l'administration. Sous le régime dotal, le mari jouit des biens dotaux et il les administre; il ne jouit pas des biens paraphernaux et il ne les administre pas. Or, il dépend de la femme de se constituer en dot ce qu'elle veut; elle peut donc restreindre tout ensemble la jouissance et l'administration du mari; la loi prévoit même le cas où tous les biens de la femme sont paraphernaux (art. 1575); dans ce cas, le mari ne jouit ni n'administre; ce sera, en réalité, le régime de séparation de biens.

Sous le régime exclusif de communauté, le mari a la jouissance et l'administration des biens de la femme. Toutefois, la loi permet à la femme de stipuler qu'elle touchera annuellement sur ses seules quittances une certaine portion de ses revenus pour son entretien et ses besoins personnels. Si la femme se réserve la jouissance d'un bien, en aura-t-elle, par cela même, l'administration? Cela est controversé, comme nous le dirons plus loin. En tout cas, la femme peut le stipuler. Elle a le droit de se réserver l'administration et la jouissance de tous ses biens; à plus

forte raison peut-elle stipuler qu'elle aura la libre administration de quelques-uns de ses biens. Et si cette stipulation est permise sous le régime exclusif de communauté, elle doit l'être sous le régime de communauté. De droit commun, le mari perçoit tous les fruits des propres de la femme, mais cela n'est pas de l'essence de la communauté; la puissance du mari n'est pas en cause : la femme commune peut donc stipuler qu'elle jouira de tel bien pour son entretien et qu'elle en aura l'administration. Sur ce point, il n'y a aucun doute. La femme pourrait-elle se réserver la jouissance et l'administration de tous ses biens? L'affirmative n'est pas douteuse; seulement ce ne serait plus là le régime de communauté; mais peu importe le nom que les époux donnent au régime qu'ils adoptent, il faut s'en tenir à leurs conventions (1). Jusqu'ici il n'y a aucun doute. La femme peut se réserver l'administration et la jouissance de ses biens sous tous les régimes, soit de tous ses biens, soit d'une partie de ses biens. Pourrait-elle aussi séparer l'administration et la jouissance, c'est-à-dire stipuler l'administration pour elle, tout en laissant la jouissance à son mari? Question d'école sur laquelle les auteurs sont divisés. Marcadé trouve la stipulation insultante pour le mari (2); il faut laisser de côté les grands mots et voir si la convention déroge aux droits du mari comme chef. Or, la négative est certaine, d'après ce que nous venons de dire. Le mari n'administre pas les biens de la femme comme chef, donc on ne déroge pas à ses droits en stipulant que la femme administrera. Quant à la dignité du mari, en supposant qu'elle soit engagée dans ce débat, c'est à lui de la sauvegarder.

La jurisprudence ignore ces débats. Voici un cas qui s'est présenté devant la cour de cassation. Le contrat de mariage stipulait le régime dotal; les époux se réservaient le droit d'administrer chacun ses biens, en supportant les charges du mariage par égales portions. De fait, la femme

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 267, § 504. Rodière et Pont, t. I, p. 41, n[os] 161-163, p. 43, n° 64. Troplong, t. I, p. 73, n° 66.
(2) Marcadé, t. V, p. 412, n° VI de l'article 1387. En sens contraire, Troplong, t. I, p. 74, n° 67.

laissa l'administration et la jouissance à mari; mais des son difficultés s'étant élevées entre les époux, la femme se pourvut en justice pour faire déclarer qu'elle avait seule le droit d'administrer ses biens et de disposer de ses revenus, sauf à contribuer pour moitié aux dépenses du ménage. Le mari prétendit que la clause du contrat sur laquelle la femme fondait sa demande était contraire aux bonnes mœurs et à l'ordre public. La cour de Paris rejeta ces prétentions; elle cite l'article 1387 qui permet aux époux de régler leurs conventions comme ils le jugent à propos. C'était mal motiver une décision très-juste. Le pourvoi fut admis par la chambre des requêtes, puis rejeté par la chambre civile. L'arrêt de rejet se borne à affirmer que la clause litigieuse, très-usitée, n'est pas contraire aux bonnes mœurs (1). Les interprètes devraient toujours se rappeler qu'affirmer n'est pas prouver. Le motif de décider était facile dans l'espèce, et péremptoire, puisqu'il est écrit dans la loi. Qu'est-ce qu'une clause qui permet aux époux de jouir de leurs biens et de les administrer en supportant les charges du mariage par moitié? Les époux qualifiaient le régime de dotal; en réalité, tous les biens de chacun des époux leur restaient propres, il y avait donc séparation de biens, car les fruits mêmes étaient propres. Donc tous les biens de la femme étaient paraphernaux : c'est la clause prévue par l'article 1575. Cela décide la question : peut-on dire d'une clause consacrée par la loi qu'elle est contraire aux bonnes mœurs?

127. Les époux peuvent-ils, en adoptant le régime de communauté, stipuler que les biens de la femme seront inaliénables? L'opinion commune des auteurs est que la stipulation est licite (2); la jurisprudence en admet la validité, sans même la discuter, comme chose évidente (3). Nous nous rangeons, sans hésiter, à cet avis; mais quel est le

(1) Rejet, chambre civile, 1er mars 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 110).

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 268 et note 7, et les autorités qui y sont citées.

(3) Cassation, 24 août 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3158, 6°). Comparez Rejet, 29 juin 1847 (Dalloz, 1847, 1, 295). Caen, 4 juillet 1842 (Dalloz, 1845, 4, 164), et 11 février 1850 (Dalloz, 1852, 2, 109).

vrai motif de décider? La liberté forme la règle en matière de conventions matrimoniales, sauf les clauses que la loi prohibe. Il s'agit donc de savoir si la clause d'inaliénabilité est prohibée par la loi. Elle ne l'est pas par l'article 1388, car le mari n'a pas le droit d'aliéner les biens de la femme (art. 1428). Ce droit n'appartient qu'à la femme. Peut-elle l'abdiquer? Elle l'abdique par cela seul qu'elle se marie sous le régime dotal, puisque, sous ce régime, les immeubles dotaux ne peuvent être aliénés ni hypothéqués. L'inaliénabilité, si elle prive la femme du droit d'aliéner, lui donne en même temps la plus forte garantie pour la conservation de son patrimoine : peut-on dire qu'une convention porte atteinte aux droits de la femme quand elle a pour objet de sauvegarder ses droits? Le texte de la loi répond à l'objection ; elle autorise la stipulation d'inaliénabilité sous le régime dotal, elle la considère donc comme licite en faveur de la femme ; cela est décisif. Qu'importe le régime sous lequel les époux se marient? Ce qui est permis sous le régime dotal doit l'être sous tous les régimes. L'inaliénabilité est le caractère distinctif du régime dotal, mais ce n'est pas un privilége attaché à ce régime, c'est une exception au droit commun que la loi autorise dans l'intérêt de la femme ; elle doit donc l'admettre sous tous les régimes. Les époux peuvent emprunter leurs conventions aux divers régimes ; ce droit résulte de l'article 1387, et l'article 1581 en donne un exemple qui décide notre question ; il permet de stipuler l'inaliénabilité des biens dotaux sous le régime de la communauté d'acquêts, donc il le permet implicitement dans toute communauté ; car il n'y a pas une ombre de raison pour défendre dans la communauté légale ce qui est permis dans la communauté d'acquêts, la communauté d'acquêts n'étant autre chose que la communauté légale modifiée quant aux biens et aux dettes qui y entrent.

Troplong soutient l'opinion contraire par d'assez mauvaises raisons ; c'est une série d'affirmations qu'il oublie de prouver, des variantes sans fin reproduisant toujours la même pensée. Il suffit de citer quelques traits. « Il est défendu par les lois, les bonnes mœurs et l'ordre public

de diminuer la capacité de la femme par des restrictions arbitraires. » Troplong cite l'article 1133 relatif à la cause illicite. Qu'est-ce que la cause a à faire dans notre débat? Troplong applique ensuite son prétendu principe à la clause litigieuse : elle porte atteinte à la liberté de la femme. Et que fait-on de l'article 1554 et de l'inaliénabilité des biens dotaux? Ce qui est licite sous le régime dotal peut-il être illicite sous les autres régimes? Que la femme stipule le régime dotal, dit Troplong, si elle veut que ses biens soient inaliénables; si elle stipule le régime de communauté avec l'inaliénabilité, elle fait ce qu'elle n'avait pas le droit de faire et elle ne fait pas ce qu'elle pouvait faire (1). Toujours des affirmations sans preuve aucune. Nous croyons inutile d'insister.

128. La jurisprudence n'a jamais hésité sur la question de principe, mais dans l'application il s'est présenté de graves difficultés sur lesquelles la cour de cassation s'est trouvée en conflit avec des cours d'appel. Il s'agit de savoir comment l'inaliénabilité doit être stipulée. L'article 1392 répond à la question : « La simple stipulation que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une *déclaration expresse* à cet égard. » Il suit de là qu'il faut une stipulation expresse pour que les époux soient mariés sous le régime dotal. Pourquoi la loi exige-t-elle une déclaration *expresse?* C'est précisément à raison de l'inaliénabilité des biens dotaux. L'inaliénabilité est contraire à l'intérêt général, c'est une exception au droit commun; à ce double titre, elle ne peut exister qu'en vertu d'une convention formelle. Dans l'espèce, on suppose que les époux se sont mariés sous le régime de communauté; l'article 1392 ne reçoit donc pas d'application directe à notre question, mais il y a lieu d'appliquer la règle dont l'article 1392 n'est lui-même qu'une conséquence : c'est que toute dérogation au droit commun, surtout dans une ma-

(1) Troplong, t. I, p. 76 et suiv., nos 78 et 79.

tière d'ordre public, ne saurait être admise qu'en vertu d'une déclaration expresse.

Qu'entend-on par déclaration *expresse?* Nous l'avons dit bien des fois. Cette expression exclut une manifestation tacite de la volonté des parties; si elles veulent l'exception, il faut qu'elles le disent; il faut donc des paroles, non des paroles sacramentelles, la loi n'en exige jamais, mais des paroles qui fassent clairement connaître aux tiers la condition des biens. Sont-ils aliénables, ils forment le gage des créanciers; sont-ils inaliénables, ils échappent à leur action. Le principe n'est pas contesté; la cour de Caen l'a appliqué à plusieurs reprises (1). Il y a un écueil dans la pratique, c'est qu'elle se montre trop facile à admettre l'inaliénabilité dans des provinces où le régime dotal était jadis le droit commun. Sans doute, on doit interpréter les contrats par ce qui est d'usage dans le pays où l'acte est passé; mais cela n'est vrai que des clauses ambiguës (art. 1159); or, quand la prétendue clause d'inaliénabilité est ambiguë, c'est une preuve certaine qu'elle n'est pas expresse, partant il n'y a pas d'inaliénabilité. C'est ce que la cour de cassation a décidé, chambres réunies, dans l'espèce suivante.

Le contrat de mariage portait : « Les immeubles présents et à venir de la future ne pourront être aliénés sans un remploi en immeubles par elle accepté, ou bien une garantie hypothécaire suffisante pour lui assurer la reprise du prix, garantie que les acquéreurs seront tenus de conserver par l'inscription. » Est-ce que cette clause stipule l'inaliénabilité des propres de la femme? Dans un pays de coutumes, on ne soulèverait pas même la question; on dirait que c'est une clause d'emploi obligatoire pour les tiers, et, bien loin que cette clause entraîne l'inaliénabilité, elle implique que les biens sont aliénables. Dans un pays de dotalité, la cour de Caen jugea que cette clause avait pour effet de rendre les immeubles dotaux et, par suite, inaliénables et insaisissables. On voit le danger de

(1) Caen, 4 juillet 1842 (Dalloz, 1845, 4, 164, n° 20); 11 février 1850 (Dalloz, 1852, 2, 109); et Rejet. 2 mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 82).

cette interprétation ; les créanciers qui avaient traité avec les époux sur la garantie des immeubles de la femme se voyaient frustrés de leurs créances en vertu d'une clause qui n'était certes pas expresse. Sur le pourvoi, l'arrêt a été cassé. La cour de cassation dit très-bien : « S'il est permis à la femme commune de soumettre tout ou partie de ses biens au régime dotal et si cette convention n'est soumise à aucune formule sacramentelle, il faut au moins qu'il y ait de la part de la femme, à cet égard, une déclaration expresse tellement claire, que les tiers ne puissent jamais être induits en erreur. » Il était facile, après cela, à la cour de démontrer que la clause litigieuse ne remplissait pas cette condition (1). L'affaire fut renvoyée devant la cour de Rennes. La cour, après partage, admit l'interprétation de la cour de Caen. Elle part du principe incontesté qu'il est permis aux époux, en se mariant sous le régime de communauté, d'emprunter au régime dotal la protection que l'inaliénabilité assure à la femme ; la cour reconnaît que la clause doit être claire et précise, puis elle analyse la clause qui avait divisé la cour de cassation et la cour de Caen et qui venait de partager les magistrats de Rennes, et elle la trouve claire et précise en faveur de l'inaliénabilité. Comment la cour ne s'est-elle pas dit qu'une clause sur le sens de laquelle tant de magistrats avaient différé d'avis ne pouvait être claire et précise et, qu'étant douteuse, elle n'était pas expresse, comme l'exige l'article 1392? Sur le nouveau pourvoi, les chambres réunies maintinrent la jurisprudence de la chambre civile. « La clause litigieuse, dit l'arrêt, ne présente ni une déclaration expresse de dotalité, comme le veut la loi, ni une stipulation qui puisse en tenir lieu, elle ne fait qu'assurer certaines garanties à la femme pour le cas d'une vente volontaire ; mais il n'en ressort pas nécessairement que, d'une manière absolue et pour les obligations qu'elle pourrait contracter personnellement, ses biens immeubles se trouveraient frappés de l'inaliénabilité dotale (2). » Les

(1) Cassation, 6 novembre 1854 (Dalloz, 1854, 1, 439).
(2) Cassation, 8 juin 1858 (Dalloz, 1858, 1, 233).

termes de cet arrêt sont d'une grande importance ; ils fixent le sens de l'article 1392 et de la déclaration qu'il exige pour que les biens de la femme soient inaliénables.

§ IV. *Des pactes successoires.*

129. L'article 1389 porte : « Les époux ne peuvent faire aucune convention ou renonciation dont l'objet serait de changer l'ordre légal des successions..., sans préjudice des donations entre-vifs ou testamentaires qui pourront avoir lieu selon les formes et dans les cas déterminés dans le présent code. » Cette disposition a pour objet de maintenir un des principes fondamentaux de notre droit, la prohibition des pactes successoires. La loi l'établit dans l'article 1130 ; elle défend spécialement la renonciation à une succession future dans l'article 791 ; l'article 1600 reproduit la défense en l'étendant même au cas où l'on vendraitla succession d'une personne vivante, de son consentement. Nous avons exposé les motifs de ces prohibitions répétées au titre des *Obligations*. Pourquoi la loi y revient-elle au titre du *Contrat de mariage?* C'est que, dans l'ancien droit, il était d'usage de changer l'ordre légal des successions dans les conventions matrimoniales, d'ordinaire pour assurer la succession à l'aîné des enfants, ou pour en exclure les filles, ou pour conserver les biens dans la famille. La révolution de 1789 a aboli ces odieux priviléges, l'aristocratie a fait place à la démocratie ; proclamée dans l'ordre politique, l'égalité devait aussi pénétrer dans l'ordre civil, car l'inégalité dans les successions était la base la plus solide du régime aristocratique. Aujourd'hui il n'y a plus d'aristocratie, la noblesse n'est plus qu'un vain mot ; les abus que le législateur a voulu empêcher en défendant toute convention sur des successions futures, dans le but d'en changer l'ordre légal, ne sont plus dans nos mœurs, c'est de l'histoire ; nous avons retracé cette histoire au titre des *Successions*. La seule chose qui ait un intérêt pratique, c'est la prohibition des pactes successoires. Cette prohibition n'est pas absolue ;

l'article 1389 fait une réserve pour les donations par contrat de mariage, qui le plus souvent portent sur les biens que le donateur laissera à son décès : véritables pactes sur une succession future que le législateur autorise pour favoriser le mariage; voilà pourquoi l'institution contractuelle doit être faite par contrat de mariage. C'est une exception à la règle, et les exceptions ne peuvent pas être étendues; l'article 1389 est rédigé en ce sens; il commence par défendre aux époux de faire aucune convention qui aurait pour objet de changer l'ordre légal des successions, puis il rappelle l'exception que le code autorise en permettant d'instituer un héritier par contrat de mariage. Il faut compléter l'article 1389 par les articles 1130 et 1600; alors même que le pacte successoire n'aurait pas pour objet de changer l'ordre légal des successions, il est néanmoins défendu par contrat de mariage aussi bien que par toute espèce de contrat; il n'y a d'exception que pour l'institution contractuelle.

130. L'article 1389 parle des conventions et renonciations. C'est surtout sous forme de renonciation qu'avaient lieu les pactes qui, dans l'ancien droit, dérogeaient à l'ordre légal des successions. On les imposait aux filles, ou aux puînés en faveur du fils aîné, afin d'assurer, comme on disait, la splendeur des familles; ce qui n'empêcha pas la France aristocratique de s'abîmer dans la révolution de 1789. Il est si vrai que ces renonciations étaient arrachées aux enfants, que certaines coutumes les présumaient; il suffisait, pour exclure la fille de la succession de ses parents, qu'ils lui eussent donné quelque chose en la mariant, ne fût-ce qu'un *chapel de fleurs* (1).

Les *conventions* que l'article 1389 prohibe n'avaient pas toujours pour objet un intérêt aristocratique; il y avait une autre tendance dans l'ancien droit, plus légitime, celle de conserver les biens dans les familles. Nous avons dit ailleurs que les auteurs du code ont rejeté la règle qui assurait les biens paternels aux parents paternels et les biens maternels aux parents maternels. Les conventions

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 22, n° 19. Troplong, t. I, p. 93, n° 126.

matrimoniales étaient faites dans le même esprit; on immobilisait la fortune mobilière en stipulant que les deniers seraient propres de communauté, et pour empêcher les immeubles fictifs de passer dans une autre famille, on stipulait qu'ils seraient propres au futur conjoint dans ses estocs et lignes, tant directes que collatérales, sans que l'autre conjoint y pût jamais rien prendre de quelque manière que ce fût. Nous ne connaissons plus ces conventions que par l'histoire; l'article 1389 les prohiberait si l'on voulait les ressusciter, car elles tendaient à renverser l'ordre régulier des successions, comme on peut le voir dans Toullier (1).

131. L'article 1389 défend les conventions dérogatoires à l'ordre légal des successions, soit par rapport aux époux dans la succession de leurs enfants ou descendants, soit par rapport à leurs enfants entre eux. Ainsi les époux ne pourraient pas convenir que l'un d'eux ne succéderait pas à un enfant; ils ne pourraient pas stipuler que les enfants d'un premier lit seraient assimilés aux enfants du second lit, quant au droit réciproque de succession des frères et sœurs entre eux. La loi ne parle pas expressément du droit égal qu'ont les enfants de succéder à leurs père et mère; elle le comprend dans l'expression générale *par rapport à leurs enfants entre eux*. Il suit de là que la clause d'*affrérissement* est prohibée : on entendait par là la convention qui assimilait les enfants nés du premier lit et ceux qui pourraient naître du nouveau mariage; c'était encore déranger l'ordre légal des successions, ce que le code prohibe (2).

132. Les applications que la jurisprudence a faites de l'article 1389 sont peu nombreuses; elles tiennent à d'anciens usages qui peu à peu s'évanouissent. Par contrat de mariage, le futur époux fait donation à la future de tous les biens qu'il délaissera, sauf ceux provenant de sa mère, qui, dit l'acte, passeront à ses parents maternels après le décès de la femme, à qui il accorde l'usufruit des mêmes

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 23, n° 20. Troplong, t. I, p. 94, n° 128.
(2) Merlin, *Répertoire*, au mot *Affrérissement*.

biens sa vie durant. Après la mort du mari, les héritiers paternels demandèrent le partage de la succession contre les héritiers maternels. Ceux-ci opposèrent le contrat de mariage qui leur assurait les biens du défunt. La cour de Bruxelles a jugé que le code civil ne permettait plus de faire des règlements de succession, comme on le pouvait dans l'ancien droit. La convention litigieuse était un pacte successoire, donc prohibé, car la loi n'autorise que l'institution contractuelle au profit des époux et des enfants à naître de leur mariage (1).

Un contrat de mariage porte que si le survivant des époux sans enfants ne se remarie pas, ce qu'il laissera en meubles et effets se partagera par moitié entre les héritiers des futurs conjoints. Cette clause contient une institution d'héritier par contrat, donc un partage successoire prohibé par les articles 1130 et 1389. Le code ne permet l'institution contractuelle qu'au profit des époux et des enfants à naître ; toute autre institution tombe sous la prohibition des pactes successoires et est, par conséquent, frappée de nullité (2).

Un contrat de mariage contient la clause suivante : « Les époux déclarent se faire donation mutuelle, du prémourant au survivant, de tous leurs biens, pour par le survivant en disposer comme de chose à lui appartenant, à compter du jour de la mort du premier décédé, mais à la condition que tout ce dont le survivant décédera propriétaire sera partagé par moitié entre les héritiers du premier décédé et ceux du survivant ». C'est la même clause que celle que la cour de Bruxelles a annulée. La cour de Rennes l'annula également, d'abord parce que c'est un pacte sur une succession future, puis parce qu'elle contient la disposition par l'un des époux de partie de la succession délaissée par l'autre, enfin parce que la clause implique une abdication, par chacun des époux, du droit de tester, au moins pour la moitié de tous les biens qui composeraient sa succession. La chambre des requêtes

(1) Bruxelles, 16 mars 1824 (*Pasicrisie*, 1824, p. 68 ; Dalloz, n° 137).
(2) Bruxelles, 28 mai 1849 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 131).

admit le pourvoi dirigé contre l'arrêt, mais la chambre civile prononça un arrêt de rejet. Il nous semble que la question est décidée par le texte du code; il suffit de lire les articles 1130 et 1389 pour s'en convaincre. Le pourvoi avait encore un autre objet dont il nous faut dire un mot. La cour de Rennes avait appliqué à la donation faite sous une condition illicite le principe de l'article 900, aux termes duquel la condition est réputée non écrite et la donation est validée; tandis que le pourvoi prétendait qu'il s'agissait d'une convention à laquelle il fallait appliquer l'article 1172, ce qui entraînait la nullité de la donation. Il a été jugé avec raison que l'article 900, conçu en termes généraux, doit être appliqué à toute donation, même à celles qui sont faites par contrat de mariage. Vainement dit-on que ces donations, faites à titre réciproque et comme condition du mariage, deviennent des conventions matrimoniales; c'est jouer sur les mots. Sans doute ce sont des conventions matrimoniales, mais quand ces conventions renferment des donations, elles restent soumises aux principes généraux qui régissent les donations (1).

133. Le mot de *conventions matrimoniales* et la faveur dont elles jouissent font parfois illusion aux interprètes; ils sont portés à valider, à ce titre, toutes les conventions qui se trouvent dans les contrats de mariage. Dans un contrat qui stipule la communauté d'acquêts, il est dit que les acquêts appartiendront en propriété aux enfants à naître du mariage, avec réserve d'usufruit au profit de l'époux survivant. Cette clause, usitée jadis dans le ressort du parlement de Bordeaux, est-elle encore permise par le code civil? La cour de Bordeaux l'a déclarée illicite par deux arrêts, tandis que la plupart des auteurs la considèrent comme valable (2). La question se réduit à des termes très-simples : l'attribution que le contrat fait des acquêts aux enfants à naître est une libéralité, donc une institution d'héritier pour certains biens au profit des en-

(1) Rejet, chambre civile, 10 mars 1849 (Dalloz, 1869, 1, 336).
(2) Bordeaux, 18 août 1864 et 23 août 1865 (Dalloz, 1866, 2, 217). Dans le même sens, Aubry et Rau et les auteurs qu'ils citent, t. V, 271, note 16, § 504.

fants à naître; or, l'institution contractuelle ne peut pas se faire directement au profit des enfants, elle doit s'adresser avant tout aux époux (t. XV, n° 201); et dès que l'institution est faite en dehors des conditions légales, elle est frappée de nullité comme pacte successoire. Troplong objecte qu'il faut écarter les articles tirés du titre des *Donations*, pour s'en tenir à l'article 1389 qui donne au contrat de mariage la plus grande latitude, pourvu qu'il ne dérange pas l'ordre des successions (1). C'est oublier que l'article 1389 maintient et consacre la prohibition des pactes successoires et qu'il ne permet que les donations faites par contrat de mariage conformément à la loi, c'est-à-dire aux règles du titre des *Donations*. Ainsi les principes généraux établis par ce titre, que l'on veut écarter en vertu de l'article 1389, sont expressément maintenus par ce titre! Nous n'entrons pas dans les détails de la controverse, parce qu'elle n'a qu'un intérêt local, pour une province de l'ancienne France.

§ V. *Des clauses prohibitives.*

N° 1. QUELLES SONT CES CLAUSES.

134. L'article 1388 dit, à la fin : « Les époux ne peuvent déroger aux dispositions prohibitives du présent code. » Cette rédaction est très-vague; on l'a critiquée au conseil d'Etat. « Mieux vaudrait, disait Berenger, énoncer dans le plus grand détail les clauses relatives aux biens qu'il serait défendu de stipuler; on pèserait d'autant mieux chacune des prohibitions qu'il conviendrait de faire. Sinon il arrivera que l'on se prévaudra de quelques expressions qui paraissent prohibitives, pour en induire la nullité de la clause, bien que le législateur n'ait pas voulu établir de prohibition. » Bigot de Préameneu appuya ces observations en disant que des expressions négatives ne constituent pas par elles seules une prohibition. Raison de

(1) Troplong, t. II, p. 97, n°s 1858-1860. Dans le même sens, Rodière et Pont, t. II, n°s 1226 et 1227.

plus pour citer les articles prohibitifs. Mais l'énonciation que Bérenger demandait présentait un autre inconvénient, c'est que l'on pouvait omettre des dispositions réellement prohibitives qui seraient restées sans sanction. Cette remarque de Tronchet motiva l'admission de la disposition (1).

La discussion nous donne un principe d'interprétation, c'est qu'il ne faut pas s'attacher aux termes de la loi; la disposition, quoiqu'elle ne soit pas conçue dans la forme prohibitive, peut contenir une prohibition; c'est la nature de la disposition et son objet qu'il faut considérer. Ainsi l'article 1483 dit que la femme n'est tenue des dettes de la communauté que jusqu'à concurrence de son émolument: les époux pourraient-ils stipuler qu'elle sera tenue *ultra vires?* L'article 1483 n'est pas conçu en termes prohibitifs, néanmoins il faut décider que la stipulation contraire serait nulle. En effet, le bénéfice d'émolument est de l'essence de la communauté, il est accordé à la femme à raison de sa subordination sous ce régime, donc comme conséquence de la puissance maritale; c'est dire qu'elle tient indirectement à l'ordre public; si l'ordre public veut que la femme soit exclue de l'administration de la communauté, l'ordre public veut aussi que la femme ait des garanties contre l'exclusion dont elle est frappée; on doit donc considérer toutes ces garanties comme participant à l'ordre public. Le code le dit formellement du droit de renoncer à la communauté : toute convention par laquelle la femme serait privée de la faculté d'accepter ou de répudier est nulle (art. 1453). Il en doit être de même, et pour identité de raison, des autres garanties qui appartiennent à la femme contre les abus de l'administration exclusive que la loi donne au mari. Si donc la femme renonçait à la faculté de demander la séparation de biens, cette renonciation serait nulle. La femme ne pourrait pas non plus renoncer aux priviléges que la loi lui accorde pour l'exercice de ses reprises (art. 1471 et 1472).

(1) Séance du conseil d'Etat du 6 vendémiaire an XII, n° 8 (Locré, t. VI, p. 344 et suiv.).

135. L'article 1096 porte que toutes donations faites entre époux pendant le mariage sont toujours révocables. Cette disposition n'est pas prohibitive dans les termes, mais elle l'est certainement à raison des motifs qui ont fait établir la révocabilité des donations entre époux. La loi a craint que le donateur ne fût pas libre, et ce défaut de liberté tient aux relations de droit et de fait que le mariage établit entre les conjoints; de là une influence inévitable qui amoindrit la liberté quand elle ne la détruit point. Il y a donc une considération d'ordre public dans la disposition de l'article 1096; ce qui est décisif.

L'article 1096 a donné lieu à une autre difficulté. On demande si les époux peuvent renoncer au droit de se faire des libéralités pendant le mariage? Dans l'ancien droit, la question était controversée : il est inutile d'entrer dans ce débat, les principes ayant changé. Sauf quelques exceptions, il était défendu aux époux de s'avantager; la clause par laquelle ils renonçaient au droit de se faire des libéralités était donc un retour au droit commun. Le code, au contraire, autorise les donations pendant le mariage en les déclarant révocables. Dès lors il n'y a plus de raison pour valider des renonciations, et il y a des raisons décisives pour les annuler. L'époux qui renonce au droit de donner à son conjoint et de recevoir de lui fait indirectement une libéralité à ceux qui recueilleront les biens qu'il aurait pu donner ou recevoir; c'est donc une institution contractuelle au profit des héritiers des parties contractantes; or, la loi autorise bien les institutions que des tiers feraient aux conjoints, ou qu'un conjoint fait à l'autre, elle n'autorise pas les époux à faire des institutions au profit de leurs héritiers. Cela est décisif. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). Un seul auteur, Taulier, a essayé de reproduire la doctrine qui était admise dans l'ancien droit, mais son opinion est restée isolée (2).

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 19, n° 18. Rejet, 31 juillet 1809 et 15 juill. 1812, Cassation, 22 décembre 1818 (Dalloz, au mot *Dispositions*, n° 2380, 1°, 4° et 2°).

(2) Taulier, t. V, p. 20, combattu par Marcadé, t. V, p. 416, n° IX de l'article 1388.

136. Le code contient des dispositions formellement prohibitives. Aux termes de l'article 1399, la communauté commence le jour du mariage; on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque.

En cas de séparation de biens, les époux peuvent rétablir leur communauté primitive; toute convention qui la rétablirait sous des conditions différentes est nulle (article 1451).

Il est inutile de continuer cette énumération. Nous expliquerons les diverses dispositions au fur et à mesure qu'elles se présenteront. Il n'y en a qu'une qui, étant générale, doit trouver sa place dans les dispositions générales, c'est l'article 1390.

§ VI. *De la prohibition établie par l'article* 1390.

137. L'article 1390 est ainsi conçu : « Les époux ne peuvent plus stipuler d'une manière générale que leur association sera réglée par l'une des coutumes, lois ou statuts locaux qui régissaient ci-devant les diverses parties du territoire français et qui sont abrogés par le présent code. » Berlier explique la raison de cette disposition dans l'exposé des motifs : « La stipulation que l'article 1390 prohibe semble, au premier coup d'œil, ne rien renfermer de contraire à l'ordre social; elle aurait cependant l'inconvénient majeur de perpétuer comme loi de l'État cette foule d'usages divers qui couvraient le territoire français. Le but du code civil serait totalement manqué s'il pouvait en être ainsi (1). » En effet, l'objet de la codification a été précisément de mettre fin à l'infinie variété du droit qui faisait de l'ancienne jurisprudence une source intarissable de controverses et de procès. S'il avait été permis aux parties de s'en référer à l'une des coutumes qui gouvernaient la France ainsi que la Belgique, l'empire de l'habitude aurait porté les époux et surtout les notaires à s'en rapporter régulièrement aux

(1) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 5 (Locré, t. VI, p. 389).

vieux usages, lesquels se seraient ainsi perpétués sous l'empire d'un code qui a été fait pour les abolir.

138. L'article 1390 dit que l'on ne peut pas stipuler d'une manière *générale* que l'association conjugale sera régie par une ancienne coutume. On a conclu de là que l'on pouvait se référer à un article d'une coutume sur un point particulier. L'Exposé des motifs semble favoriser cette interprétation (1). « Notre projet, dit Berlier, défend de pareils référés, sans néanmoins porter atteinte à la faculté qui appartient aux époux de stipuler *spécialement,* et sauf les limites ci-dessus indiquées, tout ce qui leur conviendra. » Toutefois il faut décider, et sans doute aucun, que les époux ne peuvent pas plus s'en rapporter à un article d'une coutume qu'à la coutume entière. Quel est le but de la prohibition? C'est d'empêcher les usages anciens de se perpétuer. Conçoit-on que le législateur défende de maintenir un titre ou un chapitre d'une coutume, et qu'il permette de maintenir les articles de la section qui traite des conventions matrimoniales? Car si je puis m'en référer à un article sur tel point, je puis aussi m'en référer à d'autres articles sur d'autres points; ce qui conduit à l'absurde. Et quand même je ne citerais qu'un seul article, le législateur ne veut pas plus que l'on perpétue un article isolé que toute une section. Quant aux mots *généralement* et *spécialement* qui se trouvent dans le texte et dans l'Exposé des motifs, ils ne signifient pas ce qu'on leur fait dire : la loi entend par là que l'on ne peut faire un contrat de mariage sous forme de référé soit à une coutume, soit à un article. Mais rien n'empêche que les époux empruntent toutes leurs conventions à une ancienne coutume, en les transcrivant dans l'acte de manière que ce ne soient plus des articles de loi, mais des clauses d'un contrat (2). La cour de Poitiers l'a décidé ainsi dans une espèce où il y avait un léger doute; le contrat stipulait au profit de la femme un douaire sur les biens du mari, conformément à la ci-devant cou-

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 8, n° 7, note.
(2) C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Voyez les citations dans Aubry et Rau, p. 273 et note 20. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 6, n° 7 *bis* I, et Marcadé, t. V, p. 418, n° 1 de l'article 1390.

tume du Poitou. On disait que cette clause ne violait pas l'article 1390, puisque le code civil ne contenait aucune disposition sur le douaire. C'était très-mal raisonner. Le code abroge les anciennes coutumes dans toutes les matières qui y sont traitées. Or, il traite des avantages que les époux peuvent se faire par contrat de mariage; donc les coutumes concernant le douaire sont abrogées, et l'article 1390 défend de les ressusciter sous forme de référés (1).

139. La jurisprudence montre une grande sévérité dans l'application de l'article 1390. Il est dit dans le contrat de mariage que le futur époux promet à la future un *augment* de 8,500 livres tournois, en cas de survie, ainsi que les *bagues et joyaux* sur le pied des constitutions à elle faites. Les termes d'*augment* et de *bagues et joyaux* rappellent des institutions de l'ancien droit : en faut-il conclure que la clause est nulle? La cour de Grenoble l'a annulée par le motif que pour donner exécution à la volonté des parties, il fallait recourir à des lois abolies. Cela n'est pas exact. Les parties avaient déclaré leur volonté dans des termes jadis usités; il s'agissait donc uniquement d'interpréter des termes techniques : le Dictionnaire de Ferrière ou le Répertoire de Merlin suffisaient pour cela, sans qu'il fallût recourir à des lois abolies. Les époux n'avaient cité ni coutume ni article d'une coutume, ils avaient emprunté à la tradition un gain de survie et l'avaient écrit dans leur contrat; c'est donc le contrat qu'il fallait interpréter, et non la coutume. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet de la chambre civile, après un délibéré en la chambre du conseil (2). La cour de cassation se retrancha derrière l'interprétation que l'arrêt attaqué donnait à la clause litigieuse. Nous sommes obligé d'ajouter que la rédaction de la cour suprême est encore plus inexacte que celle de la cour d'appel; il y est parlé d'une clause permise par l'ancien droit et prohibée par l'article 1390; tandis que cet article ne prohibe aucune clause, il défend seulement de s'en rapporter à l'ancien droit (3).

(1) Poitiers, 16 mars 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 154).
(2) Rejet, 28 août 1833 (Dalloz, *ibid.*, n° 156).
(3) Odier, t. II, p. 43, n° 640. Troplong, t. I, p. 98, n° 140.

140. Non-seulement les époux peuvent emprunter à une coutume telles dispositions qu'ils veulent adopter, ils peuvent même les transcrire textuellement dans leurs actes. Cela a été dit au conseil d'Etat. Cambacérès attaquait la disposition de l'article 1390 comme contraire à la liberté des parties contractantes; Berlier répondit que l'on ne portait pas atteinte à la liberté des époux quant à la *matière*, qu'on la restreignait seulement quant à la *forme*. Les époux restent libres de stipuler en détail toutes les conditions de leur union. Treilhard ajouta que les époux pouvaient faire passer dans leur contrat de mariage les dispositions de la coutume qu'ils voulaient prendre pour règle, pourvu qu'ils les énonçassent (1). On dira qu'ainsi interprété, l'article 1390 devient dérisoire et presque puéril; les parties ne citeront pas la coutume, mais ils la transcriront; n'est-ce pas toujours la coutume que les époux suivront et que le juge appliquera? Non, et la différence est capitale. S'il était permis aux parties de s'en rapporter à une coutume, la coutume deviendrait la loi du contrat et le juge serait obligé de consulter l'ancien droit pour interpréter les conventions matrimoniales; par suite, le contrat le plus important serait régi par la vieille jurisprudence que le code a voulu abolir. Au contraire, si les époux sont obligés de transcrire la disposition de l'ancien droit, ils se l'approprient, ce n'est plus un article de loi, c'est la clause d'un contrat; le juge ne recourra plus à une législation abrogée, il interprétera le contrat, comme il fait de toutes les conventions matrimoniales; les coutumes sont et restent abolies (2).

141. On demande si les époux peuvent stipuler que leur association sera réglée par une loi étrangère? Oui, et sans doute aucun. Le texte ne prévoit pas cette hypothèse, donc la clause n'est pas prohibée et tout ce qui n'est pas prohibé reste dans le domaine de la liberté; d'ailleurs le motif qui a fait établir la prohibition de l'arti-

(1) Séance du conseil d'Etat, du 6 vendémiaire an XII, n° 7 (Locré, t. VI, p. 342 et suiv.).
(2) Troplong, t. I, p. 97, n° 137. Duranton, t. XIV, p. 26, n° 31. Aubry et Rau, t. V, p. 273, note 22, § 504.

cle 1390 n'a rien de commun avec les législations étrangères (1).

ARTICLE 4. De la nullité des conventions matrimoniales.

142. Nous appliquons au contrat de mariage la distinction des actes inexistants et des actes nuls ou annulables. Les formalités sont de la substance de l'acte, puisque les conventions matrimoniales sont un contrat solennel. Donc le contrat de mariage nul en la forme est inexistant; on applique, par conséquent, les principes qui régissent les actes inexistants. Des difficultés se présentent sur le point de savoir quelles dispositions tiennent à la solennité de l'acte et doivent être observées pour que l'acte ait une existence légale. Nous les avons examinées (n°s 44 et suiv.).

143. Quand le contrat de mariage est consenti par un incapable, il est nul. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n°s 30 et suiv.). Lorsque le contrat contient une clause prohibée, la clause est frappée de nullité avec toutes les dispositions qui en dépendent; mais les dispositions indépendantes de cette clause restent valables. Il se peut que la violation d'une disposition prohibitive annule tout le contrat : si les parties s'en étaient référées à une ancienne coutume pour le régime sous lequel elles entendent se marier, tout le contrat serait nul. Mais si elles ne s'étaient référées à une coutume que sur un point particulier, tel que le douaire de la femme, cette disposition seule serait nulle, elle n'entraînerait pas la nullité du contrat (2). Il faudrait cependant faire une exception pour le cas où la disposition prohibitive devrait être considérée comme la condition sans laquelle les époux n'auraient pas contracté.

144. Quand le contrat de mariage est nul ou inexistant, les époux se trouvent mariés sans contrat et, par

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 273 et note 23. Colmet de Santerre, t. VI, p. 7, n° 7 *bis* II.

(2) Duranton, t. XIV, p. 26, n° 33. Aubry et Rau, t. V, p. 274 et note 24, § 504.

conséquent, ils sont censés avoir adopté le régime de la communauté légale (n° 36). Il n'y a pas de différence, sous ce rapport, entre le contrat nul et le contrat inexistant, car le contrat annulé est considéré comme n'ayant jamais existé. Seulement la nullité peut se couvrir par une confirmation, tandis que le contrat inexistant ne peut jamais être confirmé. La confirmation donne lieu à de nombreuses difficultés; nous les avons examinées dans les divers cas où elles se présentent.

Quel sera l'effet des libéralités que contient le contrat de mariage quand il est nul ou inexistant? Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (nos 55 et 56). Il n'y a pas à distinguer entre le contrat nul et celui qui n'a pas d'existence légale; sous ce rapport, les principes qui les régissent sont identiques.

145. A d'autres égards, la différence est grande entre le contrat de mariage nul et celui qui n'a pas d'existence aux yeux de la loi. L'acte nul donne lieu à une action en nullité qui doit être intentée dans les dix ans, d'après le droit commun. Cette prescription spéciale est, en réalité, une confirmation tacite; il faut donc décider qu'il n'y a pas lieu à la prescription pendant le mariage, puisque pendant le mariage les conventions ne peuvent être confirmées; la prescription ne commence à courir qu'après la dissolution du mariage (1). Nous avons examiné les difficultés qui se présentent en cette matière (n° 33). Les contrats inexistants ne donnent pas lieu à une action en nullité ni, par conséquent, à une prescription quelconque (t. XV, n° 46).

SECTION III. — Des régimes matrimoniaux.

146. Il y a deux régimes tout à fait distincts : le régime de communauté et le régime dotal. Le premier établit une société de biens entre les époux, société dont le mari est le chef. Le second établit la séparation de biens, la femme reste propriétaire de ses biens dotaux, le mari en a seulement l'administration et la jouissance; il y a des biens

(1) Rejet, chambre civile, 26 avril 1869 (Dalloz, 1869, 1. 246).

dont la femme se réserve l'administration et la jouissance, ce sont les paraphernaux. C'est une différence très-importante entre le régime de communauté et le régime dotal; la femme commune a des propres qui n'entrent pas dans la communauté, mais c'est le mari qui en jouit et qui les administre. Sous le régime dotal, le mari seul profite des fruits, des économies, des acquêts; à la dissolution du régime, la femme ne reprend que sa dot, mais cette reprise lui est assurée par le principe de l'inaliénabilité des biens dotaux. Sous le régime de communauté, les fruits que le mari perçoit, les économies et les acquisitions que font les époux entrent dans l'actif de la société et sont partagés lors de la dissolution de l'association conjugale; la femme retire aussi ses propres, mais comme elle a la faculté de les aliéner, rien ne lui garantit ses reprises.

Ces deux régimes partageaient l'ancienne France : la communauté formait le droit commun des pays coutumiers; le régime dotal régnait dans les pays de droit écrit. Duveyrier, le rapporteur du Tribunat, remarque que le droit différent qui régissait les époux était le trait caractéristique qui distinguait le nord et le midi de l'ancienne France. La vie commune et les lois communes avaient effacé, à bien des égards, la distinction des pays de droit écrit et des pays coutumiers; mais deux caractères ineffaçables dans la nature des biens et dans les conventions de mariage avaient continué à distinguer le droit des habitants du nord et le droit des habitants du midi. Les deux peuples, dit Duveyrier, avaient conservé avec un attachement égal, je dirais presque avec une égale superstition, l'un ses propres et sa communauté, l'autre sa dot et ses biens paraphernaux (1).

147. Le régime dotal vient de Rome; la civilisation romaine avait jeté de profondes racines dans le midi des Gaules; Romains de langue et de mœurs, les Gaulois du midi conservèrent aussi le droit de Rome. Il n'en fut pas de même dans le nord, la civilisation romaine n'y existait qu'à la surface; l'invasion germanique détruisit cette cu-

(1) Duveyrier, *Rapport*, n° 1 (Locré, t. VI, p. 405).

ture un peu factice. La Gaule du nord devint barbare, la Gaule du midi resta romaine. De là la distinction des pays de coutumes et des pays de droit écrit. Cela explique comment le régime dotal se perpétua dans les provinces du midi, tandis qu'il se perdit dans les provinces du nord, mais cela n'explique pas encore les origines de la communauté.

Cette question est très-obscure et elle est assez oiseuse au point de vue du droit pratique. Il importe beaucoup de savoir si une institution est romaine ou coutumière ; si elle vient de Rome, c'est le droit écrit qui servira à l'interpréter ; si elle vient des coutumes, c'est la tradition coutumière qui devra être consultée. Sur ce point, il n'y a aucun doute ; le régime dotal est romain, la communauté est coutumière. Mais sous quelles influences s'est développée la communauté dans les pays de coutumes ? Est-elle germanique ? est-elle gauloise ou celtique ? L'histoire ne donne pas de réponse à ces questions. Comme les coutumes sont germaniques, on est tenté de croire que la communauté a la même origine, car la communauté est un des traits les plus caractéristiques du droit coutumier. Nous croyons, en effet, que l'élément germanique joue un rôle dans la communauté, comme dans toutes les institutions coutumières. Toutes les autres influences auxquelles on rapporte la communauté n'expliquent pas suffisamment ce fait, que la communauté n'a existé que dans les provinces du nord et qu'elle ne pénétra jamais dans les pays du midi. On invoque la féodalité, on invoque l'esprit d'association qui régnait au moyen âge ; mais la féodalité dominait au midi de la Gaule aussi bien que dans le nord, et l'association était un fait universel ; comment se fait-il que les mêmes causes ne produisirent pas partout les mêmes effets ? On dira que l'élément romain, si puissant et si tenace dans le midi, était un obstacle. Soit ; c'est avouer que les races ont exercé une action décisive dans la formation du droit. Or, quel était l'élément qui dominait dans le nord des Gaules ? C'est bien l'élément germanique. Dira-t-on que c'était plutôt l'élément gaulois ou celtique ? Sur ce point, il est difficiel d'affirmer ou de nier quoi que ce soit, car nous ne connais-

sons rien ou à peu près de l'ancien droit gaulois. En définitive, il ne reste que des probabilités. Le droit est une des faces de la vie la plus importante et la plus nécessaire, il est donc probable que la communauté, qui joue un si grand rôle dans la vie réelle, s'est formée sous l'influence des deux races qui se mêlèrent dans le nord des Gaules, de la race gauloise et de la race germanique (1).

En ce sens, on peut dire avec Montesquieu (2) que la communauté est française. Il est certain que la communauté existe dans les monuments les plus anciens de notre droit. On lit dans Beaumanoir (XXI, 2) : « Chacun sait que compeignie se fait par mariage, car sitôt comme mariage est fait, les biens de l'un et de l'autre sont communs par la vertu du mariage. Mais voires est que, tant comme ils vivent ensemble, l'homme est mainbournistières. » Ce passage est remarquable ; on y trouve les traits essentiels du régime de communauté, la société de biens avec la prédominance du mari, et le fondement de la communauté est rattaché au mariage ; il a paru à nos ancêtres, quels qu'ils soient, que l'union des personnes doit avoir pour conséquence l'union des intérêts. C'est toute la théorie de la communauté (3). Longtemps avant la rédaction des coutumes, la communauté existait telle que le code civil l'a maintenue. Les coutumes notoires du Châtelet portent : « Les biens, dettes et créances d'homme et de femme conjoints par mariage sont communs ensemble entre eux pendant le mariage, combien que le mari en ait le bail, gouvernement et autorité. » Ailleurs il est dit que le mari peut ordonner des biens meubles à sa volonté et qu'il est le vrai *seigneur* des conquêts (4).

148. On peut donc dire que la communauté est le droit national de la France. Ce fait exerça une grande influence sur les discussions, quand il fallut décider lequel des deux régimes qui partageaient l'ancienne France formerait le

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 214, note 3, § 497.

(2) *Esprit des lois*, t. VII, p. 15.

(3) Voyez d'autres témoignages de nos plus anciennes coutumes dans Troplong, *Préface*, p. 39.

(4) Laferrière, *Histoire du droit français*, t. VI, p. 364.

droit commun sous l'empire de la nouvelle législation. Les partisans du régime dotal se prévalaient du culte que les jurisconsultes professaient pour le droit romain. On leur répondait : Nous sommes Français et non pas Romains Le peuple français a aussi son origine antique, ses institutions et ses lois, dont l'influence inaltérable, à travers les siècles et les orages politiques, se retrouve encore dans ses mœurs et dans son caractère. Les défenseurs de la communauté n'avaient pas tort de dire qu'il fallait donner la préférence à un régime, qui est l'expression des mœurs nationales, sur une législation qui, en la supposant parfaite, ne répond plus à nos sentiments et à nos besoins (1).

Le projet de code civil présenté par la commission que le premier consul avait chargée de la rédaction d'un code civil, faisait de la communauté le régime de droit commun, il en développait longuement les règles, tandis qu'il gardait le silence sur le régime dotal. On permettait, à la vérité, aux époux de stipuler ce régime, puisqu'ils réglaient librement les conditions de leur union, mais il leur fallait stipuler dans l'acte toutes les règles qui concernaient le régime dotal ; ils ne pouvaient pas s'en rapporter à l'ancien droit, le code le défendait ; ils ne pouvaient pas s'en rapporter au droit commun, puisque le code était muet. Les habitants du midi crurent que les auteurs du code civil voulaient proscrire le régime dotal qui leur était si cher. De là des plaintes vives, passionnées. Les cours du midi, attachées au droit romain comme à un droit national, jetèrent les hauts cris, comme s'il s'agissait d'une nouvelle invasion des Barbares. Ecoutez la cour de Montpellier : « C'est une pomme de discorde que le nord de la France veut jeter dans le midi, fruit que la barbarie des Francs avait cueilli, sans doute, dans les forêts de la Germanie et qu'elle a apporté dans les Gaules, au milieu du tumulte de la victoire et de la licence des camps (2). » La passion ne raisonne pas, elle déraisonne. Il y avait cependant quelque

(1) Duveyrier, Rapport au Tribunat, n° 6 (Locré, t. VI, p. 410).
(2) Fenet, *Travaux préparatoires du code civil*, t. IV, p. 500. Comparez le *Rapport* de Duveyrier au Tribunat, nos 6 et 7 (Locré, t. VI, p. 411 et 412).

chose de légitime dans les plaintes du midi. Une longue tradition avait nationalisé le droit romain dans les provinces méridionales: pourquoi n'aurait-on pas respecté des usages consacrés par le temps? Pasquier en a fait la remarque : « Interrogez ceux qui sont soumis au pays de droit écrit, ils vous diront que la séparation de biens est sans comparaison meilleure que la communauté, et ceux du pays de coutume donneront leur arrêt en faveur de la communauté, tant a de tyrannie sur nous un long et ancien usage (1)! » Les habitudes, quand elles se sont identifiées avec la vie d'un peuple, méritent qu'on les respecte. Il n'entrait pas dans la pensée des auteurs du code de prohiber le régime dotal, mais ils en entravaient l'adoption en abolissant l'ancien droit et en ne formulant pas les principes du régime dotal dans la nouvelle législation. Pour faire droit aux réclamations des cours du midi, on consacra un chapitre au régime dotal. De là la disposition de l'article 1391 qui est ainsi conçue: « Les époux peuvent cependant déclarer d'une manière générale qu'ils entendent se marier ou sous le régime de la communauté ou sous le régime dotal. Au premier cas et sous le régime de la communauté, les droits des époux et de leurs héritiers seront réglés par les dispositions du chapitre II du présent titre. Au deuxième cas et sous le régime dotal, leurs droits seront réglés par le chapitre III. » Les deux régimes étaient mis, sous ce rapport, sur la même ligne. Mais il restait une différence capitale; à défaut de contrat, les époux se trouvent mariés sous le régime de communauté légale; ce régime forme donc, comme le dit l'article 1393, le droit commun de la France.

149. La communauté mérite-t-elle cette préférence? Chose singulière! Les hommes du midi reprochaient à la communauté son origine barbare; ils ne se doutaient pas que la barbarie germanique était sur ce point, comme à d'autres égards, bien supérieure à la civilisation romaine. Pothier a raison de dire que la communauté est fondée sur la nature même du mariage; il cite la définition que les

(1) Pasquier, *Recherches de la France*, liv. IV, ch. 21

Institutes donnent de l'union conjugale : *Viri et mulieris conjunctio individuam vitæ consuetudinem continens*. Cette convention de l'homme et de la femme, que le mariage renferme, de vivre en commun pendant toute leur vie, fait présumer celle de mettre en commun leur mobilier, leurs revenus, les fruits de leurs épargnes et de leur mutuelle collaboration (1). A notre avis, c'est aller trop loin de soutenir que la communauté, telle qu'elle était organisée par les coutumes, était une conséquence logique de l'union des personnes; mais il est certain que la vie commune implique un travail commun, une collaboration commune, partant une certaine société de biens. Il importe, même pour l'union des personnes, que leurs intérêts soient communs; le lien des intérêts fortifie le lien des âmes. Quand on sépare les époux d'intérêts, on risque de relâcher la vie commune. C'est ce que fait le régime dotal, loi contre nature, dit Berlier; elle vient de ce que, chez les Romains, on donnait au mari un pouvoir despotique sur sa femme; cette autorité, continue l'orateur du gouvernement, n'est heureusement pas dans nos mœurs : parmi nous, les époux ne sont que des associés (2).

L'association conjugale a aussi un côté économique dont le législateur doit tenir grand compte, car il faut des biens pour vivre, pour élever les enfants et pour leur laisser l'aisance ou la fortune à laquelle la vie de leurs parents les a habitués. D'ailleurs favoriser la richesse individuelle, c'est accroître la richesse publique, et la richesse est un élément de puissance et de civilisation. Il faut donc voir lequel des deux régimes est le plus favorable au développement de la prospérité des familles. Un de nos vieux auteurs répond à la question. « Nos ancêtres, dit Coquille, ont introduit par coutume la communauté d'entre gens mariés en meubles et conquêts et est vraisemblable que ç'a été pour rendre les femmes plus soigneuses à conserver le bien de la maison quand elles savent y avoir part

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 2. Comparez Berlier, au conseil d'Etat, séance du 6 vendémiaire an XII, n° 2 (Locré, t. VI, p. 338).
(2) Berlier, au conseil d'Etat, séance du 6 vendémiaire an XII, n° 3 (Locré, t. VI, p. 311).

et profit (1). » Le régime dotal, au contraire, rend la femme indifférente aux affaires du mari et à la direction du ménage; si, de fait, elle y contribue, la loi romaine est injuste, puisqu'elle donne tous les bénéfices au mari. On contestait ce fait lors de la discussion du code civil : il ne faut pas, disait-on, que la femme ait la moitié des bénéfices qui appartiennent à la seule industrie du mari. C'était nier l'expérience universelle. Berlier se contente de répondre qu'un grand nombre de femmes contribuent à l'aisance du ménage par leur travail et leur économie autant et quelquefois plus que leurs maris. On peut hardiment aller plus loin et affirmer, comme le fait le rapporteur du Tribunat, que si le mari gagne par son talent ou son industrie, la femme conserve par l'ordre et l'économie. Les plus grandes fortunes se dissipent par le désordre, tandis que les vertus domestiques créent l'aisance et la richesse : ce sont les femmes qui font les bonnes maisons, ou qui les ruinent. Il importe donc d'intéresser la femme à la gestion des intérêts matériels, et il est de toute justice qu'on lui accorde une moitié des bénéfices, parce que c'est grâce à elle que les bénéfices sont conservés et qu'ils fructifient (2).

Que disait-on en faveur du régime dotal? Nous laissons les exagérations de côté; notre science est une science de raison et d'expérience. « Le régime dotal, disait-on, était la conséquence et l'appui de la puissance maritale, qui elle-même n'est qu'une dépendance de la puissance paternelle; il forme avec elle le premier lien des familles, et place sur les bases inébranlables de la subordination leur harmonie, leur éclat et leur prospérité (3). » Il est vrai que le régime dotal semblait tout donner au mari, puisque la fiction romaine le considérait comme maître de la dot, de même qu'il était le maître et presque le propriétaire de la femme et des enfants. Mais, d'un autre côté, la femme avait une indépendance complète quant à ses paraphernaux; elle en jouissait et les administrait librement, sans avoir

(1) Guy Coquille, *Question* 64.
(2) Berlier, au conseil d'Etat, séance du 6 vendémiaire an XII, n° 2 (Locré, t. VI, p. 339). Duveyrier, *Rapport*, n° 6 (Locré, t. VI, p. 410).
(3) Duveyrier, *Rapport*, n° 6 (Locré, t. VI, 410).

besoin d'aucune autorisation, ce qui était une grave atteinte à la puissance maritale; tandis que, sous le régime de communauté, la femme reste subordonnée au mari, que les coutumes appellent seigneur et maître de l'association conjugale et à qui elles confient l'administration des propres de la femme.

Les partisans du régime dotal disaient encore en faveur de la dotalité ce que nous avons dit en faveur de la communauté, c'est qu'il a l'avantage d'être éminemment favorable à l'industrie et, par conséquent, à l'accroissement des forces sociales; en effet, l'homme, seul propre aux travaux, loin d'être arrêté dans ses efforts par la crainte d'un partage des bénéfices, est continuellement animé à des entreprises nouvelles par la perspective assurée des profits dont il a seul la jouissance et la disposition. Nous avons répondu d'avance à cette étrange apologie : si, en donnant au mari tout l'avantage de son travail, on rend la femme indifférente à la prospérité de la famille, celle-ci décherra, loin de prospérer; que si, malgré son exclusion, la femme prend part aux travaux du mari, en administrant le ménage avec ordre et économie, le régime qui l'exclut de tout bénéfice devient une criante iniquité (1).

Nous arrivons au grand argument que l'on fait valoir en faveur du régime dotal; c'est le seul qui donne à la femme des garanties réelles pour la conservation de son patrimoine, en déclarant les biens dotaux inaliénables. Sous le régime de la communauté, le mari a mille moyens de forcer sa femme à aliéner; et s'il dissipe le prix en folles dépenses ou en spéculations hasardées, que restera-t-il à la femme et aux enfants? L'avantage est réel, mais n'est-ce pas l'acheter trop cher que de déclarer les biens de toutes les femmes inaliénables et de mettre ainsi hors du commerce une moitié du sol? Au point de vue économique, le régime dotal doit être condamné; personne ne conteste plus ce que les faits démontrent, à savoir qu'il importe et aux individus et à la société que les biens circulent libre-

(1) Duveyrier, *Rapport* (Locré, t. VI, p. 410). Bigot-Préameneu au conseil d'État, séance du 6 vendémiaire an XII, n° 4 (Locré, t. VI, p. 342).

ment. Il est vrai qu'il y a des femmes communes qui sont ruinées par la facilité qu'elles ont d'aliéner leur patrimoine; mais, par contre, il y a des maris dotaux dont les intérêts souffrent de l'inaliénabilité de la dot. Le crédit que leur donnerait la fortune de la femme multiplierait leurs ressources, tandis que l'inaliénabilité frappe de stérilité les biens dotaux, au grand détriment des entreprises agricoles, industrielles et commerciales. Nous arrivons à la conclusion. Le régime dotal est un régime de défiance; il suppose que le mari se ruine et qu'il entraînera la femme dans la ruine commune de la famille. Est-ce que par hasard tous les hommes sont occupés à dissiper leurs biens? Ceux qui le font forment l'exception, et une rare exception; si les parents de la future ont des raisons de se défier de la gestion du futur mari, qu'ils stipulent le régime dotal, ou qu'ils lui empruntent le principe de l'inaliénabilité de la dot, rien de mieux. Mais que l'on ne fasse pas de l'exception la règle. Excellent comme régime exceptionnel, le régime dotal n'a plus de raison d'être si l'on en fait le droit commun. La règle est que les hommes travaillent à augmenter leur avoir, donc la communauté doit être la règle. L'exception est qu'il y a des hommes qui se ruinent eux et leur famille, donc le régime dotal doit être l'exception. C'est le système du code.

150. « A défaut de stipulations spéciales qui dérogent au régime de la communauté ou le modifient, les règles établies dans la première partie du chapitre II formeront le droit commun de la France » (art. 1393). Les époux sont libres d'adopter le régime dotal, mais comme c'est une exception au droit commun, il devra être stipulé d'une manière expresse; c'est ce que dit l'article 1392 : « La simple stipulation que la femme se constitue ou qu'il lui est constitué des biens en dot ne suffit pas pour soumettre ces biens au régime dotal, s'il n'y a dans le contrat de mariage une déclaration *expresse* à cet égard. » Nous reviendrons sur cette disposition au chapitre du *Régime dotal*. Pour le moment, nous nous bornons à établir les règles d'interprétation qui découlent du rapport que la loi établit entre la communauté et le régime dotal; c'est le rapport de la

règle à l'exception. Dès qu'on n'est pas dans l'exception, on rentre dans la règle. La cour de Turin a appliqué ce principe à une espèce que l'intention des parties rendait très-douteuse. Par contrat de mariage, la future se constitue une dot de 1,000 francs, à laquelle le futur époux ajoute un augment de pareille somme; de plus, il lui assigne, à titre de douaire, la jouissance d'une rente viagère; l'acte ne dit rien sur le régime que les époux adoptent. Il a été jugé qu'ils étaient mariés sous le régime de la communauté légale. Il est plus que probable que les époux, qui vivaient dans un pays de dotalité, ne savaient pas ce que c'était que la communauté; dans le Piémont, le régime dotal formait le droit commun, et les futurs époux avaient cru le stipuler en faisant leurs conventions dans les termes usités. C'était oublier que, sous l'empire du code civil, le régime dotal n'est admis qu'à titre d'exception et sous la condition d'une stipulation expresse. Vainement invoquait-on l'intention des parties contractantes; dans les contrats solennels et en matière d'exception surtout, on ne tient compte de l'intention que lorsqu'elle est exprimée; une intention non exprimée n'existe point, donc les époux se trouvaient mariés sans avoir fait de convention relative à leur régime, partant ils étaient mariés sous le régime de communauté. C'est la conséquence logique des articles 1392 et 1393 (1).

151. Les époux peuvent, tout en se mariant sous le régime de la communauté, emprunter au régime dotal le principe de l'inaliénabilité des biens dotaux de la femme. La règle coexiste, en ce cas, avec l'exception. Mais pour que l'exception soit admise, il faut que les parties l'aient expressément stipulée. Cela résulte de la nature de toute exception, et il faut surtout le décider ainsi pour l'inaliénabilité qui est contraire à l'intérêt général, en mettant les biens hors du commerce (n° 128). L'intérêt des tiers l'exige également; si l'on se contentait de l'intention tacite des parties, ou d'une clause douteuse, les tiers seraient trompés; ils pourraient croire que les biens de la femme

(1) Turin, 23 juillet 1808 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 169).

sont aliénables et compter, par conséquent, sur la garantie qu'ils leur offrent; ils seraient lésés et perdraient leurs créances si la femme pouvait leur opposer l'inaliénabilité des biens dotaux. Il est dit, dans un contrat de mariage stipulant la communauté, que les époux sont autorisés à vendre les immeubles qui pourront appartenir à la future, situés en tel endroit seulement. En faut-il conclure que les immeubles que la femme possédait ailleurs sont inaliénables? La clause ne le disait pas; on ne pouvait l'induire que du silence des parties; or, le silence n'est certes pas une stipulation expresse. Dans l'espèce, la conduite de la femme prouvait combien cette interprétation était incertaine et dangereuse, Elle vendit un immeuble situé hors de la ville de Rouen; elle le considérait donc comme un propre de communauté. Puis elle demanda la nullité de la vente comme contenant l'aliénation d'un bien dotal. La cour maintint l'aliénation en décidant en principe, conformément à l'article 1392, que la stipulation de l'inaliénabilité des biens de la femme doit être conçue en termes clairs, précis et non équivoques, afin que les tiers ne soient pas trompés en traitant avec les époux. La décision a été confirmée par un arrêt de rejet (1).

Ces débats sont assez fréquents. La femme s'oblige comme femme commune, puis elle cherche à échapper aux conséquences de son obligation en invoquant la prétendue inaliénabilité de ses biens. Il est dit, dans un contrat de mariage, que la femme ou ses héritiers auront, en renonçant à la communauté, le droit de reprendre ses apports francs et quittes de toutes dettes, alors même qu'elle se serait personnellement obligée. La femme prétendit que cette clause impliquait l'inaliénabilité de ses biens. On pouvait donner un autre sens à la clause en l'entendant du recours accordé à la femme par l'article 1494 contre son mari; ainsi interprétée, la clause ne concernait pas les tiers. En définitive, elle était ambiguë; or, une clause douteuse peut-elle consacrer l'exception de l'inaliénabilité? Dans le doute, c'est le droit commun qui doit l'emporter (2).

(1) Rejet, 28 février 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 186).
(2) Bordeaux, 19 février 1857 (Dalloz, 1858, 2, 68).

La clause de remploi est souvent invoquée par la femme pour mettre ses biens à l'abri des poursuites de ses créanciers. Nous reviendrons sur cette clause en traitant du remploi. Peut-on en induire que sans remploi les immeubles sont inaliénables? Le remploi stipulé dans le contrat de mariage est une garantie pour la femme contre son mari; elle n'a donc pas pour objet de rendre les biens de la femme inaliénables. Il faut pour cela, dit la cour de cassation, une disposition expresse du contrat de mariage. Entendue autrement, la clause serait un piége pour les tiers et un moyen facile pour les époux de tromper leurs créanciers (1).

152. De ce que la communauté forme le droit commun, faut-il conclure que toujours les époux sont *présumés* avoir voulu adopter le régime de la communauté légale dans tous les points auxquels ils n'ont point dérogé (2)? Cela nous paraît trop absolu. D'abord il ne peut être question d'une présomption, puisque la loi n'en établit aucune. Si les époux stipulent le régime de communauté en le modifiant, il est certain que les règles de la communauté légale restent applicables dans tous les cas où il n'y a pas été dérogé; l'article 1528 le dit formellement. Mais si les époux adoptent l'un des régimes exclusifs de communauté, faudra-t-il encore interpréter leurs conventions par les règles de la communauté légale? Non, certes; les époux ont clairement manifesté leur volonté, ils entendent se placer hors de la règle; ce serait donc violer leur intention que de les soumettre à une règle qu'ils ont répudiée. On ne peut pas même interpréter l'un des régimes exclusifs par l'autre, comme nous le dirons en traitant de ces régimes. Chaque régime exceptionnel doit être interprété par lui-même; tel est le droit commun pour toute exception, et il n'y a aucune raison de s'en écarter en matière de conventions matrimoniales (3).

(1) Deux arrêts de rejet du 13 février et du 5 juin 1850 (Dalloz. 1850, 1, 204-206). Comparez plus haut, n° 128.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 274 et note 25, § 504 (4e éd.).
(3) Comparez Bordeaux, 22 juin 1849 (Dalloz, 1852, 2, 186).

SECTION IV. — De l'effet et de la force probante des conventions matrimoniales.

153. Nous avons dit à plusieurs reprises que les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers. Les textes mêmes du code le disent. Aux termes de l'article 1397, les changements et contre-lettres sont *sans effet à l'égard des tiers* s'ils n'ont été rédigés à la suite de la minute du contrat de mariage. Donc si cette formalité a été remplie, les changements *auront effet à l'égard des tiers*. Or, les contre-lettres ne sont autre chose que des conventions matrimoniales; si les clauses dérogatoires ont effet à l'égard des tiers, il en doit être de même, par identité de raison, des clauses primitives, c'est-à-dire de tout le contrat. C'est une des raisons pour lesquelles la loi veut que les conventions matrimoniales soient rédigées avant le mariage par acte devant notaire. Cela ne suffisait pas pour sauvegarder les intérêts des tiers; il n'y a qu'un moyen de les garantir, c'est la publicité. Tel est l'objet des lois nouvelles qui ont été portées en France et en Belgique. Notre loi hypothécaire dit que la conséquence du défaut de publicité sera que « les clauses dérogatoires au droit commun ne pourront être opposées aux tiers qui ont contracté avec les époux dans l'ignorance des conventions matrimoniales ». Cela implique que la communauté légale est opposable aux tiers; et il en sera de même des clauses dérogatoires et des régimes exceptionnels, pourvu que la condition de publicité soit remplie. Toutes les dispositions du code qui concernent les tiers le supposent. Il est de principe que la femme, en s'obligeant, ne donne action au créancier que sur la nue propriété de ses biens; le code applique ce principe dans les art. 1413 et 1417 : pourquoi? On répond d'ordinaire que la femme aliène l'usufruit de ses propres au profit de la communauté. A vrai dire, il n'y a pas d'aliénation, car la communauté n'est pas une personne civile qui acquière et possède; ce sont les époux eux-mêmes qui, se constituant en société, mettent en commun leur mobilier et l'usufruit de leurs immeubles. Il s'agit donc d'une convention entre époux qui

est opposable aux tiers. Aussi la loi permet-elle d'opposer aux tiers les conventions matrimoniales en ce qui concerne les actes d'administration que le mari fait en vertu de ces conventions : les baux qu'il consent des biens de la femme ont effet à l'égard des tiers ; donc le pouvoir d'administration que la loi accorde au mari peut être opposé aux tiers, comme il peut être invoqué par eux. Il en est de même de l'inaliénabilité des biens dotaux ; c'est en vertu d'une convention matrimoniale que les créanciers n'ont pas d'action sur les biens dotaux et que les tiers acquéreurs peuvent être évincés soit par le mari, soit par la femme.

Comment concilier l'effet que la loi reconnaît aux conventions matrimoniales à l'égard des tiers avec le principe posé par l'article 1165, qui dit que les conventions n'ont d'*effet* qu'entre les parties contractantes, qu'elles ne nuisent point aux tiers, ni ne leur profitent? L'article 1165 veut dire que l'on ne peut être débiteur ni créancier qu'en vertu de son consentement. Ce principe est sans exception ; les conventions matrimoniales, pas plus que d'autres conventions, n'imposent une obligation à celui qui ne s'est pas obligé et ne donnent un droit à celui qui n'a point stipulé. Autre est la question de savoir si les droits des époux sur leurs biens peuvent être invoqués par les tiers et si on peut les leur opposer. Le mari a certains pouvoirs comme administrateur légal des biens de sa femme ; ces droits existent-ils en faveur des tiers et contre eux? c'est-à-dire les actes faits par le mari dans les limites de son administration sont-ils obligatoires pour les tiers? Oui ; le mari donne aujourd'hui à bail un bien de la femme, il meurt demain : est-ce que les tiers doivent respecter ce bail? Oui, la femme est liée, le preneur est lié ; de même la femme a les droits d'un bailleur contre le locataire ou fermier, et le preneur aussi peut lui opposer son bail dans les limites tracées par la loi. Quelle en est la raison? Le mariage opère un changement d'état et il modifie aussi les droits des époux sur leurs biens. La femme subordonnée au mari perd la jouissance et l'administration de ses propres, c'est le mari qui administre et qui jouit. Le changement d'état des époux et les conséquences qui en résultent quant aux biens n'exis-

tent-ils que dans les rapports des époux entre eux? Cela est impossible, car ce serait laisser sans effet aucun le mariage et les conventions matrimoniales. Le mariage et le contrat de mariage intéressent les tiers aussi bien que les époux; si le mari administre et s'il jouit, il ne peut le faire qu'en contractant avec des tiers; donc nécessairement le mariage et les conventions qui se font à l'occasion du mariage ont effet à l'égard des tiers.

154. On ne conçoit pas qu'il y ait une controverse sur ce point, puisque le texte du code décide la question. Cependant la doctrine n'est rien moins que certaine, et la jurisprudence aussi laisse à désirer, au moins en ce qui concerne les motifs de décider. Troplong ne semble donner effet aux conventions matrimoniales à l'égard des tiers que dans la mesure du droit commun et de la loi positive; il dit que, dans leurs rapports avec les tiers, leurs conventions sont, *en général, res inter alios acta*. Qu'est-ce que cela veut dire? Nous n'en savons rien. Cela suppose qu'il y a des conventions entre époux que l'on peut opposer aux tiers et qu'il y en a d'autres qui ne peuvent pas leur être opposées. Sur quoi se fonde cette distinction? quelle en est la signification? Ce que Troplong ajoute est tout aussi obscur : « Si le public est intéressé aux contrats de mariage, de telle sorte que ce pacte soit une charte offerte au crédit, c'est une raison de plus pour n'y donner autorité qu'aux dispositions approuvées par les principes et compatibles avec les règles de la confiance, de la bonne foi, de la raison. » Ainsi le contrat de mariage est une charte qui intéresse le public, qui a effet à l'égard des tiers, mais avec des restrictions. Quelles sont ces restrictions? La réponse que nous venons de transcrire est pour nous insaisissable. Plus loin Troplong dit : « C'est *au profit* des tiers *contre* les conjoints qu'est établie la règle tutélaire que les énonciations de leur contrat de mariage font foi contre eux; mais on ne saurait opposer aux tiers des énonciations qui les blesseraient, ce serait pour eux *res inter alios acta* (1). » L'auteur cite à chaque instant

(1) Troplong, t. I, p. 83, nº 89; p. 113, nº 196.

la règle de l'article 1165, mais cette disposition ne distingue pas, comme semble le faire Troplong, entre les conventions qui sont favorables aux tiers et celles qui les léseraient; si la convention ne nuit pas aux tiers, elle ne leur profite pas davantage.

La cour de cassation a jugé récemment « que les conventions matrimoniales, en tant qu'elles transmettent ou modifient des droits réels, ou donnent au mari le pouvoir d'administrer, plus ou moins librement, les biens de la femme, sont susceptibles de profiter aux tiers et de leur être opposées ». Le pourvoi objectait le principe de l'article 1165; la cour répond que cette disposition n'est relative qu'aux obligations que les contrats font naître entre les parties (1). Telle est la vraie doctrine, mais elle est énoncée dans des termes trop restrictifs. Ce n'est pas parce que le contrat de mariage constitue des droits réels qu'il peut être opposé aux tiers et invoqué par eux : les droits réels ont, de leur essence, effet en faveur de tous et contre tous. Mais les droits appartenant aux associés comme tels sont-ils des droits réels? Nous reviendrons sur la question, elle est douteuse. Ce qui n'est point douteux, c'est que des conventions matrimoniales, étrangères à tout transport de propriété, ont effet à l'égard des tiers. La cour de cassation l'avoue, puisqu'elle ajoute que le pouvoir d'administration du mari profite aux tiers et peut leur être opposé; donc il ne faut pas chercher dans la réalité du droit la raison pour laquelle le contrat de mariage a effet à l'égard des tiers. Le texte du code, encore une fois, le prouve. Comment les époux, en tant qu'associés, sont-ils tenus des dettes de la communauté à l'égard des tiers? Pour moitié s'ils ont adopté le régime de communauté légale, ou dans une proportion différente s'ils ont dérogé au droit commun. Il ne s'agit là ni d'administration, ni de droits réels, et néanmoins les époux peuvent se prévaloir

(1) Rejet, 17 décembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 145). Voyez, *ibid.*, le rapport de Connelly et les conclusions de l'avocat général Reverchon. L'arrétiste, en citant mes *Principes* (t. VI, nos 159 et suiv.), me fait dire que je combats vivement la jurisprudence. Il doit y avoir un malentendu : le passage cité est complétement étranger à notre question.

de leurs conventions contre les tiers, et ceux-ci peuvent les invoquer contre les époux. C'est que les tiers traitant avec des époux doivent tenir compte du régime qui fait la loi des associés. Il en est de même d'une dérogation plus importante au droit commun, de l'inaliénabilité des biens dotaux; dans ce cas, il n'est question ni d'administration ni de transmission de droits réels, et néanmoins l'inaliénabilité a effet à l'égard des tiers. Le principe que les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers est donc général, sauf les exceptions que le code y apporte; nous les verrons en traitant de la communauté conventionnelle. Ces exceptions, comme toujours, confirment la règle en ce sens que la règle reste applicable à tous les cas où il n'y est pas formellement dérogé.

155. Quelle est la force probante de l'acte qui contient les conventions matrimoniales? C'est un acte notarié (art. 1394); donc il faut appliquer les principes qui régissent la foi due aux actes authentiques. On sait combien la doctrine et la jurisprudence sont incertaines et souvent erronées dans la matière des preuves. Nous rencontrons les mêmes hésitations et les mêmes inexactitudes dans l'application que les auteurs et les arrêts font des principes au contrat de mariage. Troplong confond la force probante de l'acte et les conventions matrimoniales, et il attribue à l'acte l'autorité dont jouit le contrat. Voet dit que les pactes nuptiaux doivent être respectés en tout ce qui n'est pas contraire à la raison naturelle, à l'honnêteté et aux bonnes mœurs. Cela regarde les conventions. Que fait Troplong? Il étend à l'écrit ce que Voet dit des conventions : « Il n'y a pas de *contrat* plus solide et plus respectable; il n'y en a pas qui serve de *preuve plus authentique,* plus *ferme* et plus *complète* (1). Ses *énonciations* sont réputées être la *vérité* même (2), non-seulement parce qu'il est revêtu du sceau de l'authenticité, mais encore parce qu'*on* (3) *ne suppose pas* qu'un contrat, qui est un

(1) Y a-t-il par hasard deux espèces d'authenticité, l'une plus probante que l'autre? l'une complète, l'autre incomplète?

(2) Où cela est-il dit?

(3) Qui est cet *on?* le législateur? Où a-t-il établi cette *présomption de vérité?* Voilà à quoi aboutit la phraséologie!

pacte de famille si solennel, recèle aucune dissimulation et serve d'auxiliaire à des subterfuges (1)? » La confusion est complète et l'erreur patente. Encore ne sait-on pas même quelle est l'opinion de l'auteur; si le contrat de mariage a, comme acte, une force probante plus grande que les actes ordinaires, il faut dire en quoi consiste cette autorité exceptionnelle. Mais peut-il y avoir une exception sans texte?

La jurisprudence n'est pas plus exacte que la doctrine. Un contrat de mariage constate un apport de la femme de 12,000 francs. On prétend que la femme n'a rien apporté en dot. Question de savoir si la preuve testimoniale et, par suite, les présomptions sont admissibles. D'après les principes que nous avons exposés, au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 475), il faut distinguer si l'acte est attaqué pour cause de simulation par les parties ou par les tiers. Les parties ne sont pas recevables à prouver par témoins contre le contenu en l'acte (art. 1341); tandis que les tiers, n'ayant pu se procurer une preuve écrite par contre-lettre, peuvent invoquer le bénéfice de l'exception établie par l'article 1348. La cour de Paris a décidé, sans distinction aucune et alors que des tiers étaient en cause, que pour détruire la foi due aux énonciations du contrat de mariage et établir que la future n'avait, contrairement à ses énonciations, rien apporté en dot, il ne saurait suffire, aux termes de l'article 1341, de la déclaration d'un témoin ni de présomptions tirées de la position de fortune de la future et de ses parents; qu'il serait nécessaire de produire des preuves écrites et qui démontrassent jusqu'à l'évidence que les énonciations du contrat étaient mensongères (2). La cour oublie l'article 1348; elle semble partager l'opinion de Troplong sur l'autorité exceptionnelle du contrat de mariage; nous venons de prouver que cette doctrine est imaginaire.

(1) Troplong, t. I, p. 113, n° 195.
(2) Paris, 24 février 1865 (Dalloz, 1865, 2, 140).

SECTION V. — De la dot.

§ Ier. *Définition.*

156. Aux termes de l'article 1540, la dot est le *bien* que la femme apporte au mari pour supporter les charges du mariage. La loi dit le *bien;* c'est tantôt la propriété, tantôt la jouissance du bien dotal, parfois une fraction des revenus de la femme. Il résulte de la définition de l'article 1540 qu'il y a dot sous tous les régimes; en effet, sous tous les régimes, la femme contribue aux charges du mariage, c'est une conséqence du mariage et des obligations qui en dérivent (art. 212, 203). Ces obligations incombent aux deux époux. Le mari apporte donc une dot aussi bien que la femme. Si la loi ne parle que de la dot de la femme, c'est pour déterminer les droits que le mari a sur les biens dotaux; quant aux biens que le mari apporte en dot, ils font partie de son domaine, ils restent donc sous l'empire du droit commun. La loi ne se sert pas du mot *dot* pour qualifier les apports du mari; quand elle veut désigner les biens que chacun des époux reçoit lors du mariage et pour en supporter les charges, elle emploie le mot *établissement*. Ainsi l'article 204 dit que l'enfant n'a pas d'action contre ses père et mère pour un *établissement par mariage*. De même l'article 1422 dit que le mari ne peut disposer entre-vifs, à titre gratuit, des biens de la communauté si ce n'est pour l'*établissement* des enfants communs. La femme dotale peut, d'après l'article 1555, donner ses biens dotaux pour l'*établissement* de ses enfants. L'*établissement* est une dot. Il y a des principes généraux qui régissent la dot soit de la femme, soit du mari, et qui sont communs à tous les régimes. Ce sont ces règles que nous allons exposer; elles doivent trouver leur place parmi les dispositions générales à raison de leur caractère de généralité. Dans la classification du code, il en est traité séparément dans les chapitres II et III; ce qui donne lieu à double emploi et à une certaine confusion.

157. Nous disons qu'il y a dot sous tous les régimes.

Quand les époux se marient en communauté, tous les biens qui entrent dans l'actif de la société sont dotaux, dans le sens large du mot, ainsi la fortune mobilière, présente et future de chacun des époux et l'usufruit des biens qui leur restent propres. La dot mobilière de la femme, sous ce régime, prend quelquefois le nom d'*apport*; c'est quand la femme stipule la reprise de tout ou partie de ses biens mobiliers. Le terme d'*apport* s'emploie, dans le même sens, des biens du mari; il peut aussi stipuler la reprise de ses apports.

Sous le régime de la clause portant que les époux se marient sans communauté, chacun des époux conserve la propriété des biens qu'il apporte en mariage. Le mari a la jouissance de tous les biens de la femme; les fruits, dit l'article 1530, sont censés apportés au mari pour soutenir les charges du mariage; ce sont donc ces fruits qui constituent la dot de la femme. Ce régime n'a aucune influence sur les biens du mari.

Sous le régime de séparation de biens, on dit d'ordinaire qu'il n'y a point de dot; cela est vrai, en ce sens que la femme, aussi bien que le mari, conserve la propriété et la jouissance de sa fortune mobilière et immobilière. Toutefois la loi dit que, dans le silence du contrat, la femme contribue aux charges du mariage jusqu'à concurrence du tiers de ses revenus. Ce tiers des revenus de la femme est donc la dot qu'elle apporte au mari.

Sous le régime dotal, le mari a la jouissance des biens que la femme s'est constitués ou qui lui ont été constitués en dot. La dot consiste, dans ce cas, uniquement en fruits et revenus. Si le mari devient propriétaire de certains biens dotaux, c'est à charge de restitution.

158. La dot comprend rarement tous les biens des époux; cela n'arrive que sous le régime de communauté universelle. Les biens qui ne sont pas dotaux sous le régime de communauté sont appelés les *propres* des époux; encore ces propres sont-ils dotaux quant à l'usufruit. Sous les régimes exclusifs de communauté, tous les biens des époux leur restent propres, sauf la jouissance des biens de la femme qui appartient au mari, quand les époux dé-

clarent se marier sans communauté ou sous le régime dotal. Dans ce dernier régime, il peut y avoir des biens non dotaux ; on leur donne le nom de *paraphernaux*.

§ II. *De la dot considérée comme libéralité.*

N° 1. QUI EST DONATEUR ?

159. La dot est-elle une libéralité? Nous avons déjà rencontré la question et nous l'avons décidée affirmativement. Qu'importe que la dot soit apportée au mari pour contribuer aux charges du mariage? Cette charge ne rend pas la donation onéreuse, car elle ne donne aucune action à celui qui la constitue; de la part du constituant, la dot est donc une pure libéralité, quand même ce serait le père et la mère, car les parents ne sont plus obligés de doter leurs enfants (art. 204) (1).

Nous avons appliqué le principe à la question de savoir si, dans l'action paulienne, la dot est considérée comme une donation ou comme un acte onéreux (t. XVI, nos 451-455). Le principe soulève encore une autre difficulté; on demande si la dot est soumise aux formes solennelles des donations. Nous l'avons décidée affirmativement et nous maintenons notre solution, bien que d'excellents auteurs aient qualifié cette opinion de grave erreur (2). Aubry et Rau disent que les père et mère ont l'obligation naturelle de doter leurs enfants. C'est aussi notre avis (t. XVII, n° 18); mais nous ne reconnaissons aux dettes naturelles qu'un seul effet, celui que la loi leur donne, c'est d'empêcher la répétition quand elles ont été volontairement acquittées. Il est inutile de rentrer dans ce débat, puisque aucun argument nouveau n'a été produit.

160. Puisque la dot est une libéralité, il importe beaucoup de déterminer qui est le donateur; c'est contre lui

(1) Voyez le tome XII de mes *Principes*, p. 436, n° 355.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 223, note 6, § 500. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 82, n° 96, qui rétorquent l'accusation de grave erreur. Troplong s'est prononcé dans le même sens (t. I, p. 111, n° 187).

que le donataire a action et c'est à sa succession que la dot devra être rapportée. Il y a plusieurs cas à distinguer. Ce qui complique la difficulté, c'est que le code traite de la dot au chapitre de la *Communauté* et au chapitre du *Régime dotal*. Peut-on raisonner par analogie d'un de ces régimes à l'autre? En général, non; car ils ont une origine différente, et les principes qui les gouvernent diffèrent essentiellement. Toutefois, quand les dispositions que la loi consacre dans l'un de ces régimes ne sont que l'application d'un principe général, on peut et on doit les étendre à l'autre régime. Cela est de droit commun, puisque là où il y a même raison de décider, il doit y avoir même décision. Cela est aussi fondé en raison. La dot, considérée comme libéralité, ne change pas de nature et d'effets selon les divers régimes sous lesquels les époux donataires se marient. Quant aux donateurs, il y a également des principes généraux qui sont indépendants du régime des constituants; on peut donc les emprunter à l'un et à l'autre régime. Il n'y a d'exception que pour les règles qui découlent de la nature spéciale du régime sous lequel les époux donateurs sont mariés; il va sans dire que celles-là ne peuvent être étendues à un autre régime (1).

161. La dot est constituée par père et mère. Ils en sont débiteurs personnels, parce qu'ils se sont obligés personnellement. La dot doit donc être prise sur leurs biens, alors même que l'enfant doté aurait une fortune à lui. C'est l'application d'un principe élémentaire; celui qui parle au contrat et qui promet est débiteur. La circonstance que l'enfant donataire a des biens personnels n'empêche pas les constituants d'être débiteurs; car faisant une libéralité, ils la font sur leur patrimoine et non sur le patrimoine de l'enfant qu'ils gratifient. L'article 1546 le décide ainsi : « Quoique la fille dotée par les père et mère ait des biens à elle propres dont ils jouissent, la dot sera prise sur les biens des constituants s'il n'y a stipulation contraire. » Cette disposition, quoique placée au chapitre du *Régime dotal*, est une de celles qui ne font qu'appli-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 223 et note 7, § 500.

quer les principes généraux de droit; elle est donc générale et de droit commun par sa nature (1).

162. Comment sont tenus les père et mère de la dot qu'ils constituent ensemble? Il y a deux articles qui répondent à la question. L'article 1544 porte: « Si les père et mère constituent conjointement une dot sans distinguer la part de chacun, elle sera censée constituée par parts égales. » Au chapitre de la *Communauté,* il y a une disposition analogue: « Si les père et mère ont doté conjointement l'enfant commun sans exprimer la portion pour laquelle ils entendaient y contribuer, ils sont censés avoir doté chacun par moitié. » C'est l'application du principe élémentaire de la division des dettes; quand deux personnes promettent dans un contrat, la dette se divise entre elles par moitié. Que l'on n'objecte pas que les époux ne sont pas débiteurs de la dot; ils sont donateurs et débiteurs à ce titre, quelle que soit la cause de la donation; on doit donc leur appliquer le principe général.

163. L'article 1438 prévoit une difficulté. Les père et mère constituent une dot, mais elle est promise ou fournie en biens personnels à l'un des époux. En résultera-t-il que la dot lui est personnelle, de sorte qu'il soit considéré comme étant seul donateur? Non, dit la loi, la dot se divisera néanmoins. Lorsque la dot promise en argent a été fournie en biens personnels au père ou à la mère, il n'y a aucun doute; les deux époux ont parlé au contrat, ils se sont constitués débiteurs, peu importe lequel d'eux paye la dette; en payant toute la dette, l'un des époux paye ce qu'il doit personnellement et ce que doit son conjoint; ayant payé la dette d'un tiers, il a un recours contre lui. Si le bien personnel de l'un des père et mère a été promis en dot, la décision de la loi est la même; les deux époux restent néanmoins débiteurs personnels, puisqu'ils ont parlé au contrat en promettant l'un et l'autre la dot. Peu importe que la dot ait été promise en biens personnels à l'un des conjoints, cette circonstance ne concerne que l'exécution de la promesse, elle n'empêche pas que la promesse

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 85, n° 97. Aubry et Rau, t. V. p. 223 et note 7.

ait été faite par deux débiteurs, donc chacun en est tenu pour moitié, sauf recours de celui des constituants qui la paye contre l'autre (1). L'article 1438 dit comment ce recours est réglé. L'époux dont l'immeuble ou l'effet personnel a été constitué en dot a sur les biens de l'autre une action en indemnité pour la moitié de ladite dot, eu égard à la valeur de l'effet donné au temps de la donation. On considère le moment de la donation, parce que c'est alors que la propriété de la chose promise en dot se transmet.

164. L'article 1438, placé au chapitre de la *Communauté,* prévoit encore l'hypothèse où la dot aurait été fournie ou promise en effets de la communauté. Cela n'empêche pas que les deux époux doivent la dot, par la même raison que nous venons de donner; les époux parlent au contrat, donc ils en sont tenus personnellement. Ainsi la dot, quoique promise ou fournie en effets de la communauté, ne devient pas une charge de la communauté, en ce sens que la communauté soit débitrice (2).

Il résulte de là une conséquence très-importante. La femme peut renoncer à la communauté; dans ce cas, elle est déchargée de toute contribution aux dettes de la communauté tant à l'égard des créanciers qu'à l'égard du mari (art. 1494). Sera-t-elle dispensée de contribuer à la dot promise ou fournie en effets de la communauté? Non, car elle s'est obligée personnellement. Or, l'article 1494 ajoute que la femme renonçante reste tenue envers les créanciers lorsqu'elle s'est obligée conjointement avec son mari; donc elle devra payer la moitié de la dot sur la la poursuite du donataire. Sauf son recours contre le mari ou ses héritiers, dit la loi. La femme renonçante a-t-elle ce recours pour la dot? Pothier décide la question négativement; la femme ne peut pas invoquer le principe écrit dans l'article 1494, car cette règle ne concerne que les dettes de la communauté auxquelles la femme s'est obligée, elle ne s'étend pas aux dettes propres; or, la dette dont chacun des conjoints est tenu du chef de la dot n'est pas

(1) Pothier, *Traité de la communauté,* n° 652.
(2) Troplong, t. I, p. 363, n° 1233. Cassation, 16 novembre 1824, et Bordeaux, 6 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage,* n° 1281).

une dette de la communauté, c'est une dette propre de chacun des conjoints pour la part dont il en est tenu (1).

Le principe que la femme renonçante reste tenue de sa part dans la dot qu'elle a promise n'a pas été admis sans contestation. Dumoulin enseignait l'opinion contraire (2), ce qui prouve qu'il y a un motif de douter. Que la femme renonçante reste obligée envers les créanciers, cela va sans dire ; elle est tenue personnellement et elle ne peut se dégager de ce lien en renonçant à la communauté. Mais la loi lui donne un recours contre son mari, même pour les dettes qui provenaient originairement de son chef (article 1494). Il n'y a d'exception que pour les dettes contractées dans l'interêt personnel de la femme : telles seraient les dettes qui concernent un de ses propres. La question se réduit donc à savoir si la dot est une de ces dettes personnelles que la femme doit supporter pour le tout. Les auteurs modernes se sont rangés à l'avis de Pothier ; ils disent que la dot est une dette de la mère, et comme telle la dot est une dette personnelle (3). La jurisprudence s'est prononcée pour la même opinion, sauf un arrêt de la cour de Bordeaux (4) qui est resté isolé. Il y a un motif qui nous paraît déterminant en faveur de l'opinion générale, c'est l'autorité de Pothier ; elle est décisive dans une matière toute de tradition.

Si l'on admet qne la dot est une dette personnelle aux père et mère et que la femme renonçante en reste tenue, il s'ensuit que si la communauté l'a payée, la femme renonçante lui devra une récompense pour la part qu'elle y doit apporter. Pothier le dit (5), et une fois le principe admis, la conséquence n'est pas douteuse.

165. Le principe consacré par l'article 1438 et par l'article 1444 est fondé sur la volonté des parties contractantes ; elles sont libres de manifester une volonté contraire. L'article 1438 le suppose, en ce qui concerne la

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, nº 655. Duranton, t. XIV, p. 386, nº 285. Aubry et Rau, t. V, p. 224 et note 11, § 500.
(2) Dumoulin, *Sur la coutume de Paris*, § 115, nº 1.
(3) Troplong, t. I, p. 360, nº 1223.
(4) Bordeaux, 17 janvier 1854 (Dalloz, 1855, 2, 212).
(5) Pothier, *De la communauté*, nº 649.

part pour laquelle chacun des époux est tenu de la dot; la dot est une libéralité, or chacun donne ce qu'il veut; l'un des époux peut donc stipuler qu'il sera tenu de la dot pour une part moindre que la moitié. De même la femme peut déclarer qu'elle n'entend doter que sur sa part dans la communauté, et qu'en cas de renonciation elle sera affranchie de toute contribution. La mère, dit Pothier, a pu ne pas doter, partant elle peut apposer à la donation telle condition que bon lui semble (1).

166. Nous avons supposé, avec le texte des articles 1438 et 1544, que les époux dotent conjointement. Cela veut-il dire que l'acte doit porter la déclaration que les père et mère dotent conjointement l'enfant commun? Non, certes; La loi ne parle pas d'une déclaration. Le mot *conjointement* veut dire que les père et mère parlent au contrat. Dès qu'ils y parlent, il y a deux débiteurs et, par suite, la dette se divise. Nous faisons cette remarque, parce qu'une cour s'y est trompée. Le mot *conjointement* ne se trouvait pas dans l'acte; mais, dit la cour de Bourges, il doit être suppléé facilement lorsque les père et mère stipulent ensemble pour satisfaire à leur obligation naturelle, à moins que les termes de l'acte n'indiquent qu'ils ont voulu doter séparément. Cela suppose que la loi exige que les époux déclarent doter conjointement, pour que chacun soit tenu de la moitié. Or, les articles 1438 et 1544 ne parlent pas de déclaration; il est donc inexact de dire que l'obligation conjointe peut ou doit résulter de l'ensemble des dispositions du contrat de mariage, comme le dit la cour de Bourges (2). Il y a obligation conjointe, par cela seul que les père et mère promettent la dot.

167. Si le père seul constitue la dot, il sera seul débiteur personnel pour le tout. La mère sera-t-elle tenue de la dot pour moitié si elle est présente au contrat? La négative est certaine; personne n'est obligé sans son consentement; or, dans l'espèce, la mère ne parle pas au contrat, elle ne promet pas, donc elle n'est pas obligée. L'article 1544, deuxième alinéa, va plus loin; il suppose que

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 650.
(2) Bourges, 29 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 2, 11).

le père constitue seul la dot, en ajoutant « pour droits paternels et maternels », et il décide que la mère, quoique présente, ne sera point engagée et que la dot demeurera en entier à la charge du père. Cette clause « pour droits paternels et maternels » ne peut pas avoir pour effet d'obliger la mère; c'est une déclaration du père, et le père n'a pas le droit d'obliger la mère. Dira-t-on que la mère est présente, et que sa présence et son silence impliquent un consentement tacite? Nous répondons que la présence de la mère au contrat de mariage s'explique par sa qualité de mère; quant à son silence, on ne peut l'invoquer contre elle; elle n'est pas obligée, précisément parce qu'elle ne parle pas, et elle aurait parlé si elle avait entendu s'obliger.

Le principe établi par l'article 1544 reçoit exception lorsque les époux sont mariés en communauté. Sous ce régime, toute dette du mari devient dette de communauté, et la femme, en acceptant la communauté, s'approprie les obligations contractées par le mari. Or, quand le mari dote un enfant commun, la dot devient une dette de communauté que la femme devra supporter pour moitié si elle accepte la communauté. Si elle renonce, il va sans dire qu'elle ne sera pas tenue, puisque, en renonçant, elle devient étrangère à la communauté, comme si elle n'avait jamais été commune. Tel est le droit commun; le mari y peut déroger en déclarant qu'il entend être chargé seul de la dot. Il ne faut pas même de déclaration expresse, le consentement tacite suffit. La cour de Douai a jugé que la dot constituée par le mari seul, en avancement d'hoirie sur sa succession et à charge de rapport, doit être acquittée en entier par lui seul. Déclarer que la dot doit être rapportée à la succession du père, c'est dire que le père est donateur, et donateur pour le tout. Il en est de même de la stipulation portant que le père fait donation à sa fille « en avancement de ses hoirie et succession »; le père donne par là à sa fille ce que celle-ci aurait recueilli dans son hérédité; il lui donne donc toute la dot (1). En serait-

(1) Douai, 6 juillet 1853 (Dalloz, 1855, 2, 350).

il de même si le père avait promis la dot en biens personnels? C'est une question d'intention; par conséquent, la décision dépend des circonstances de la cause. On ne peut pas, à notre avis, décider, en droit, que le mari seul est débiteur, parce qu'il a constitué la dot en biens personnels; l'obligation n'en est pas moins contractée par le père; or, toute dette du mari est dette de communauté; la dérogation à ce principe est une exception, et l'exception doit être clairement énoncée (1).

168. La mère seule constitue la dot; le père en sera-t-il tenu? En général, non, puisque le père pas plus que la mère ne peut être obligé sans son consentement. Peu importe que le mari ait autorisé sa femme, car qui autorise ne s'oblige pas.

Faut-il appliquer ce principe au cas où les époux sont mariés en communauté? Sous ce régime, les dettes contractées par la femme avec autorisation maritale tombent dans le passif de la communauté et, par suite, le mari peut être poursuivi par le créancier sur son patrimoine : toute dette de communauté est, en ce sens, dette du mari. Cette règle reçoit son application à la dot comme à toute espèce d'obligation; l'enfant doté aura donc action contre la communauté, et même sur les biens personnels du mari. Mais si la communauté ou le mari payent, auront-ils une récompense contre la femme? Il faut répondre affirmativement si l'on admet que la dot constitue une obligation personnelle aux père et mère; bien entendu que l'obligation n'est personnelle qu'à l'égard du constituant, puisque l'obligation est naturelle.

Troplong enseigne que le mari n'est pas tenu de la dot, pas même à l'égard des créanciers (2); il donne comme motif que la dot est une dette propre des deux époux, ce qui exclut la règle d'après laquelle les dettes contractées par la femme avec autorisation maritale tombent dans le passif de la communauté. Nous reviendrons sur la question de principe en traitant de l'administration de la com-

(1) Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 224 et note 12, § 500.
(2) Troplong, t. I, p. 363, n° 1231. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 224 et suiv. et note 13.

munauté. A notre avis, Troplong confond l'obligation du payement des dettes avec la contribution aux dettes. Toute dette de la femme autorisée, lui fût-elle personnelle, tombe à charge de la communauté à l'égard des créanciers, sauf les exceptions prévues par la loi. Autre est la question de savoir qui doit supporter la dette. Ici on applique le principe qui régit la contribution. La femme ayant doté seule, en qualité de mère, doit aussi seule supporter la dette. Il y a un arrêt en ce sens de la cour de Rouen : elle s'en tient à l'article 1419, qui établit une règle générale; or, il est de l'essence de la règle de recevoir son application à tous les cas où il n'y est pas dérogé, et l'exception doit être formelle (1).

169. Le survivant des père et mère constitue la dot; lui seul en sera tenu, cela va de soi; il ne peut pas être question d'obliger le prédécédé, pas même comme époux commun en biens, puisqu'il n'y a plus de communauté. Mais on demande si la dot doit être prise d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé. Non, dans l'hypothèse que nous venons de supposer; le survivant s'est obligé personnellement, donc sur ses biens. Mais que faut-il décider s'il a constitué la dot pour biens paternels et maternels? L'article 1545 prévoit la difficulté et décide que si le constituant n'a pas spécifié la part dont il entend être tenu personnellement, la dot se prendra d'abord sur les droits du futur époux dans les biens du conjoint prédécédé et le surplus dans les biens du constituant. Quel est le motif de cette disposition? Il s'agit de savoir quelle est l'intention du constituant. La femme peut se doter elle-même; elle apporte régulièrement en dot tous ses biens, soit en propriété, soit en jouissance (n° 157). Elle peut, en outre, être dotée par son père ou sa mère. Lors donc qu'elle se marie après la mort de l'un de ses père et mère, et que le père déclare lui constituer une dot pour *biens* paternels et maternels, son intention n'est pas de s'obliger personnellement pour toute la dot; en parlant des *biens* que la fille a hérités du pré-

(1) Rouen, 27 mai 1854 (Dalloz, 1854. 2, 248).

décédé, il a entendu que l'enfant apporterait d'abord ses biens en dot, et que si le montant des biens n'atteignait pas le chiffre porté au contrat, le constituant payerait le surplus. En réalité, le constituant ne s'oblige que pour ce surplus, car ce n'est pas s'obliger que de dire que la fille apportera ses biens personnels en dot; cela est de droit, et cela dépend du régime que les époux adoptent. Dans cette hypothèse, la part contributoire du survivant dans la dot est incertaine, elle dépend du montant de l'hérédité qui fournit d'abord la dot; elle peut donc dépasser la moitié, elle peut aussi être moindre que la moitié; le tout sauf stipulations contraires.

Ces stipulations donnent lieu a une difficulté. En constituant la dot pour biens paternels et maternels, le survivant a fixé la part pour laquelle chacun des deux patrimoines doit y contribuer; la moitié, par exemple; il se trouve que la succession est insuffisante pour payer cette moitié : le constituant sera-t-il tenu personnellement de la compléter? On enseigne l'affirmative. Cela nous paraît pour le moins trop absolu. C'est avant tout une question d'intention; il faut voir à quoi le constituant a entendu s'obliger. Or, il n'a pas contracté d'obligation personnelle quant à la moitié de la dot qui doit être prise sur les biens du défunt, il ne doit donc pas répondre de l'insuffisance de ces biens, à moins que les termes du contrat n'impliquent cette intention. On objecte que le survivant connaissant la valeur des biens délaissés par le défunt, il est à présumer qu'il a voulu pour le surplus gratifier l'enfant. Nous répondons que c'est créer une obligation par voie de présomption, ce qui est contraire à tout principe (1).

Il y a encore une hypothèse que la loi ne prévoit point, celle où le survivant constitue la dot sur les biens du prédécédé seulement. Le survivant ne contracte, dans ce cas, aucune obligation personnelle, puisqu'il ne parle que des *biens* du prédécédé. Par conséquent, si les biens ne suffi-

(1) Voyez les autorités citées par Rodière et Pont, t. I, p. 80, n° 100. Ces auteurs distinguent si le constituant a ou n'a pas connu le montant de la succession. Cela est plus equitable, mais cela n'est pas plus juridique.

sent pas pour parfaire la dot, le constituant ne doit pas combler le déficit. Mais il peut manifester l'intention contraire; et toutes ces questions doivent être décidées d'après l'intention du constituant (1).

170. Il y a une clause très-usitée à Paris et dans d'autres pays de droit coutumier, car elle est d'origine coutumière; Pothier en fait mention. Les père et mère dotent conjointement l'enfant commun, mais en ajoutant que la dot est en totalité constituée par avancement d'hoirie sur la succession du premier mourant d'entre eux. Pothier donne une autre formule qui diffère dans les termes, mais qui est identique au fond, c'est que la dot sera imputée en entier sur la succession du prédécédé. Dire que la dot est imputée sur la succession du prémourant, c'est dire qu'elle sera rapportée à cette succession; or, toute donation rapportable est faite en avancement d'hoirie. Quel est le sens de cette clause? Pothier le dit; le prédécédé est censé avoir doté seul, il est seul débiteur de la dot (2).

Pothier dit que le prédécédé *est censé* avoir doté seul : en réalité, le conjoint qui survit a concouru à la dotation, puisque la dot a été constituée par les deux époux; mais les constituants ne s'engagent pas chacun pour moitié, chacun s'oblige éventuellement à supporter toute la dot dans le cas où il survivra, et, dans ce cas, le survivant ne sera pas tenu, puisque la condition sous laquelle il s'est obligé a défailli. Il est donc vrai de dire qu'il n'y a qu'un seul débiteur, sous condition.

La cour de cassation a jugé que cette clause était licite, puisqu'il est libre à ceux qui dotent de mettre à leur libéralité telle condition qu'ils veulent, pourvu qu'elle ne soit pas contraire à l'ordre public ni aux bonnes mœurs. Cette clause étant de tradition doit être interprétée dans le sens qu'elle a toujours eu. Les anciens jurisconsultes enseignaient que le survivant était censé n'avoir rien donné. Ainsi entendue, dit la cour de cassation, la clause est très-favorable aux enfants, parce que les père et mère sont

(1) En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 225 et note 14.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 650.

d'autant plus disposés à doter leurs enfants quand le survivant n'a pas à craindre de se voir recherché et peut-être ruiné par des constitutions dotales disproportionnées à l'état de sa fortune personnelle. Il est vrai que les donataires peuvent être frustrés dans leurs espérances si la succession du prédécédé ne suffit point pour les remplir de la dot qui leur a été promise; mais, dit la cour, les donataires qui sont parties au contrat doivent savoir ce que les donateurs promettent et à quoi ils s'engagent (1). Libre aux parties de stipuler que si la part héréditaire de l'enfant dans la succession du prédécédé est inférieure à sa dot, il aura un recours contre le survivant pour le surplus (2). Mais pour que ce recours existe, il faut qu'il soit convenu. En l'absence d'une convention, l'enfant ne peut pas avoir d'action contre celui de ses père et mère qui survit, parce que le survivant n'est pas obligé.

171. La clause donne lieu à quelques difficultés dans l'application. On demande d'abord si l'enfant a action contre ses père et mère de leur vivant? Cela dépend de la volonté des parties contractantes; elles peuvent convenir que la dot ne sera exigible que contre le survivant. Mais la clause traditionnelle n'a pas ce sens. Les père et mère ne constituent pas la dot à terme, ils donnent actuellement, donc la dot est immédiatement exigible; seulement elle devra être rapportée pour le tout à la succession du prémourant, de sorte que l'obligation du survivant est résolue par sa survie. Or, les obligations contractées sous condition résolutoire sont pures et simples, elles doivent être exécutées de suite. L'enfant a donc action contre ses père et mère; reste à savoir pour quelle portion. Sur ce point, il faut appliquer le droit commun. On suppose que les époux se sont obligés conjointement, ils sont donc débiteurs chacun pour moitié, sauf résolution en faveur du survivant (3). Celui-ci, n'étant pas débiteur, se trouve avoir payé la moitié de la dot pour son conjoint prédécédé; il a

(1) Cassation, 11 juillet 1814 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1222).
(2) Paris, 16 mars 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167).
(3) Bourges, 29 juillet 1851 (Dalloz, 1852, 2, 11). La doctrine est conforme (Aubry et Rau, t. V, p. 226, note 19, § 500).

par conséquent une action en indemnité contre sa succession pour cette moitié.

172. Que faut-il décider si la communauté se dissout par la séparation de biens? Il n'y a lieu à indemnité qu'en cas de survie; cette condition n'est pas accomplie par la séparation de biens; il faut donc appliquer par analogie ce que l'article 1452 dit des gains de survie : l'époux qui y a droit ne peut les exercer que s'il survit. Pour qu'il y ait action du vivant des époux, il faut supposer que l'un des conjoints a payé la totalité de la dot sur ses biens personnels; si, dans cette hypothèse, la communauté est dissoute par le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens, l'époux qui a payé la dot peut demander qu'on lui tienne compte, dans la liquidation, de la moitié de la dot qu'il n'était pas tenu de payer, sauf à régler définitivement, lors du décès de l'un des conjoints, l'indemnité à laquelle le survivant peut avoir droit (1).

173. Il se peut que la dot n'ait pas été payée du vivant des époux. Quel sera alors le droit de l'enfant à la mort de l'un de ses père et mère? Si l'on admet le principe traditionnel (n° 170), la décision est très-simple. Le survivant n'est pas débiteur, pas plus que s'il n'avait pas parlé au contrat, donc l'enfant n'aura pas d'action contre lui; il est créancier de la succession, et n'a d'action que contre elle. Quand la succession est solvable, il n'y a aucune difficulté. Si la succession est insolvable, l'enfant aura-t-il un recours contre le survivant? Non, le survivant n'est pas débiteur, il n'est pas donateur; dès lors l'enfant doté ne peut avoir d'action contre lui. Il en serait de même si la dot avait été payée par le défunt; le donataire devrait, dans ce cas, la rapporter comme héritier venant à la succession; il ne peut pas s'en prévaloir pour agir contre le survivant, car telle était la loi attachée à sa donation, puisque l'on suppose qu'elle formait un avancement d'hoirie (2).

Nous disons que la dot doit être rapportée pour le tout à la succession du prémourant. La cour de Paris avait

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 226 et suiv. et note 20, et les autorités qu'ils citent.
(2) Amiens, 20 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 5, 126, n° 6).

d'abord jugé le contraire, mais elle est revenue sur sa jurisprudence (1). Sa première décision se fondait sur les termes de la clause, c'étaient les termes traditionnels, que la dot serait imputée en totalité sur la succession du prémourant. Or, Pothier dit quel est le sens de cette clause; elle signifie que le prédécédé est seul débiteur, seul donateur; donc la dot doit être rapportée à la succession pour le tout. L'enfant donataire n'a qu'un moyen de conserver sa dot, c'est de renoncer à la succession. C'est le droit commun; le donataire qui renonce peut retenir le don jusqu'à concurrence de la portion disponible, l'excédant est sujet à réduction (2).

Il reste une dernière hypothèse : c'est le survivant qui a fourni la dot en tout ou en partie. Puisque, par l'effet de sa survie, il est considéré comme n'ayant jamais été débiteur, il aura une action en indemnité contre la succession pour laquelle il a fait le payement.

N° 2. DU RAPPORT DE LA DOT.

174. La dot est sujette à rapport, comme toute libéralité. Dans l'application, il se présente des difficultés. On demande d'abord à la succession de qui la dot doit être rapportée. Aux termes de l'article 850, le rapport ne se fait qu'à la succession du donateur. D'ordinaire la dot est constituée par les père et mère de l'enfant; nous venons de dire quelle est, dans les diverses hypothèses, la part dont ils sont tenus, c'est cette part qui doit être rapportée à leur succession, bien entendu s'ils l'ont payée.

On suppose que la dot a été constituée solidairement par les père et mère, et que la mère l'a payée intégralement. Bien qu'il y ait deux constituants et deux donateurs, l'enfant ne doit rapporter la dot qu'à la succession de sa mère, car c'est d'elle seule qu'il a reçu la libéralité. La cour d'Amiens l'a jugé ainsi. On objecte que, d'après l'ar-

(1) Paris, 10 août 1843 et 16 mars 1850 (Dalloz, 1850, 2. 167). Aubry et Rau, t. V, p. 226, note 17, § 500.
(2) Cassation, 4 juillet 1814 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1222). Paris, 16 mars 1850 (Dalloz, 1850, 2, 167).

ticle 1438, la dot constituée conjointement par les père et mère est censée constituée par chacun pour moitié, alors même que la dot aurait été prise en entier sur les biens de l'un des constituants; on en conclut que, dans ce cas, le rapport est dû pour moitié à la succession des père et mère. Il nous semble que les auteurs confondent deux ordres d'idées très-distincts. L'article 1438 décide la question de savoir qui est débiteur de la dot; les deux époux le sont, de sorte que celui qui a fourni la dot a une récompense contre son conjoint. Autre est la question de savoir si l'enfant doit rapporter la dot qu'il a reçue intégralement de sa mère, par moitié à la succession de sa mère et par moitié à celle de son père. On ne peut rapporter que ce que l'on a reçu; or, dans l'espèce, l'enfant n'a rien reçu de son père, donc il ne doit rien rapporter à sa succession. La mère a une action contre le père, dont elle a payé la part contributoire dans la dot, mais cette action est étrangère à l'enfant doté : il a reçu la dot de sa mère, il la rapporte à sa succession (1).

175. Cette même difficulté se rencontre dans une hypothèse analogue. La dot est constituée par père et mère en biens propres à l'un d'eux; celui qui a fourni la dot vient à prédécéder. L'enfant doit-il rapporter en entier à la succession du prémourant les biens qu'il a reçus? ou rapporte-t-il les biens par moitié à la succession de chacun de ses père et mère? La jurisprudence s'est prononcée dans ce dernier sens. Nous croyons qu'il faut décider la question comme nous l'avons fait dans l'hypothèse jugée par la cour d'Amiens. Quoiqu'il y ait deux constituants, il n'y a, à l'égard de l'enfant, qu'un seul donateur, c'est celui qui a fourni la dot; le conjoint ne lui a rien donné, puisque les biens n'appartenaient point à ce conjoint, et personne ne peut donner ce qu'il n'a pas; l'enfant recevant les biens de l'un des constituants doit les rapporter à sa succession; il ne reçoit rien de l'autre, donc il ne doit rien rapporter. La cour de cassation objecte l'article 1438 :

(1) Amiens, 10 novembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 108). Comparez Duranton, t. VII, n° 245. Toullier, t. II, 2, n° 464; Vazeilles, sur l'article 850, n° 4.

les père et mère qui dotent conjointement l'enfant commun sont censés avoir doté chacun pour moitié, alors même que la dot a été fournie en biens personnels à l'un des époux, sauf l'action en indemnité de l'époux dont l'immeuble a été constitué en dot sur les biens de l'autre pour la moitié de ladite dot. Nous avons répondu d'avance à l'objection : l'article 1438 décide une question de dette, la question de savoir dans quelle proportion chacun des époux doit contribuer à la dot; l'article ne dit pas à la succession de qui la dot doit être rapportée. Cette question est tout autre, elle se décide par les principes qui régissent le rapport : la dot se rapporte à la succession du donateur, c'est-à-dire de celui qui a transmis au donataire la propriété des choses données, donc à celui des constituants qui a fourni la dot. La cour de cassation donne une autre interprétation à l'article 1438; elle suppose que la loi dit que chacun des père et mère est donateur pour moitié des biens qui sont personnels à l'un d'eux; mais comment concevoir que celui à qui les biens n'appartiennent pas en donne la moitié? Pour expliquer cette singulière anomalie, la cour de cassation a recours à une fiction; elle suppose que la loi transmet fictivement la propriété des biens donnés, par moitié, à celui des constituants à qui ils n'appartiennent pas; c'est en vertu de cette transmission fictive que celui-ci se trouve propriétaire et peut donner. Notre réponse est simple et péremptoire; il n'y a pas une trace de cette fiction dans le texte, et il n'appartient pas à l'interprète de créer des fictions (1).

176. Nous avons supposé que la dot était constituée en biens propres à l'un des époux. Que faut-il décider si la dot est constituée en argent et si un immeuble est donné en payement? Si l'immeuble appartient aux deux constituants, par exemple, si c'est un effet de leur communauté, il n'y a aucun doute; la dation en payement, comme le mot le dit, n'est qu'une exécution de la dette; l'enfant reçoit donc la dot qui lui a été promise et, par suite, il doit le rapport d'une somme d'argent et non d'un immeuble. Il

(1) Cassation, 16 novembre 1824, et Bordeaux, 6 décembre 1833 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1281). Comparez Troplong, t. I, p. 365, n° 1243.

y a un arrêt de la cour de cassation en ce sens (1). Il y a plus de difficulté quand l'immeuble donné en payement appartient à l'un des constituants. Nous croyons qu'il faut appliquer le même principe : la dation en payement ne change rien à la nature de la dot; constituée en argent, elle doit être rapportée en argent, donc par moitié à la succession de chacun des constituants.

Quand la dot promise conjointement par les père et mère, communs en biens, est fournie en effets de communauté, la dot ne doit-elle pas être rapportée à la communauté? La négative est certaine si l'on admet le principe que nous venons d'établir. Ce n'est pas la communauté qui donne, elle paye; les vrais donateurs sont les père et mère, chacun pour moitié; le rapport se fait donc à leur succession (2).

N° 3. NATURE DES CONVENTIONS DOTALES.

177. La dot est d'ordinaire constituée par contrat de mariage, elle fait donc partie des conventions matrimoniales. De là suit qu'il faut appliquer aux conventions dotales le principe de l'irrévocabilité qui distingue les conventions matrimoniales. L'application n'est pas sans difficulté; nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n°s 78-81, 85).

Le principe de l'irrévocabilité des conventions dotales ne signifie pas que la dot ne puisse être augmentée pendant le mariage. Rien n'empêche les époux de recevoir des libéralités. Reste à savoir si les donateurs sont liés par les conventions matrimoniales, ou s'ils y peuvent déroger. Nous renvoyons à ce qui a été dit plus haut (n°s 74 et 75).

178. La dot est irrévocable et comme donation et comme convention matrimoniale. Est-ce à dire qu'elle ne puisse subir aucune modification? Quand elle est constituée en capital et exécutée, tout est consommé. Toutefois

(1) Rejet, 4 août 1852 (Dalloz, 1852, 2, 193).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 224 et note 9, § 500. Cassation, 31 mars 1846 (Dalloz, 1846, 1, 135).

si l'état de fortune des donateurs venait à changer, de manière qu'ils eussent besoin d'aliments, les donataires devraient leur en fournir, soit comme donataires, soit comme enfants; ce qui diminuerait les avantages résultant de la dot. Et si la dot consistait en une pension annuelle, il en résulterait une diminution de la pension. Le cas s'est présenté. Un aïeul avait constitué à sa petite-fille une pension annuelle de 1,500 francs; sa position ayant changé, il avait droit à des aliments que la cour estima à 500 francs par an; elle décida, en conséquence, que l'aïeul pourrait compenser sa créance alimentaire de 500 francs avec la dette dotale de 1,500 francs, ce qui aboutissait à diminuer la pension de 500 francs (1).

179. Les pensions dotales soulèvent encore une autre difficulté. On demande si elles s'éteignent à la dissolution du mariage. Il faut distinguer. Si l'époux doté survit, il a droit à la pension, à moins qu'elle n'ait été expressément limitée à la durée du mariage. Vainement dirait-on que la limitation est virtuelle, puisque la dot est constituée pour supporter les charges du mariage. La réponse est simple et péremptoire : la destination de la dot n'est pas une charge proprement dite, et encore moins une condition. La dot est une donation et, comme telle, irrévocable. Si c'est une pension, elle doit être servie au donataire tant qu'il vit. Cela est aussi fondé en raison; la dot doit aider le donataire à supporter certaines charges; or, ces charges ne cessent pas après la dissolution du mariage; si elles peuvent diminuer, elles peuvent aussi augmenter; et il n'en est pas de la dot comme d'une dette alimentaire qui est proportionnée aux besoins; la dot est fixe, invariable.

Sur ce point, il n'y a aucun doute; ce qui est douteux, c'est le point de savoir si la pension doit encore être payée après la mort de l'époux doté. Nous croyons qu'il faut distinguer, avec la jurisprudence, si l'époux doté laisse des enfants ou s'il n'en laisse point. S'il y a des enfants nés du mariage, la pension doit être payée, car elle a été constituée en leur faveur aussi bien qu'au profit de leurs père

(1) Bordeaux, 24 avril 1845 (Dalloz, 1845, 4, 20).

et mère (1). La cour de Liége l'a jugé ainsi. Le survivant des époux a droit à la pension, parce que la dot est un bien que la femme apporte au mari pour l'aider à subvenir aux charges du mariage; or, quand il y a des enfants, les charges ne cessent point à la mort de la femme; les charges subsistant, la pension doit aussi subsister.

Il a été jugé que la pension s'éteint si l'époux doté meurt sans enfants. Dans l'espèce, le père avait promis de servir la pension sa vie durant; la fille vint à mourir avant le père : la cour de Bruxelles jugea que le mariage se trouvant dissous, la cause de l'obligation avait cessé et que, par suite, l'obligation elle-même se trouvait éteinte (2). L'époux survivant ne pouvait pas réclamer la pension, car ce n'est pas pour lui qu'elle avait été constituée, c'était pour les charges du mariage, c'est-à-dire l'entretien de la femme et des enfants; et ces charges cessant, la pension n'avait plus de raison d'être.

Il résulte de là qu'il y a une grande différence entre la dot constituée en capital et la dot constituée sous forme de pension. Le capital de la dot devient la propriété irrévocable du donataire; elle tombe en communauté si l'époux est commun en biens, et elle passe à ses héritiers si l'époux est marié sous un régime exclusif de communauté. Le conjoint du donataire, s'il y a communauté, acquerra donc la moitié de la dot, quand même il n'y aurait pas d'enfant du mariage; tandis que, dans cette hypothèse, il perd tout droit à la pension dotale. Cette différence s'explique par la nature de la prestation : l'une est irrévocable et, en ce sens, perpétuelle; l'autre est viagère comme toute pension qui sert à l'entretien du donataire.

§ III. *Des intérêts de la dot.*

180. L'article 1440 porte : « Les intérêts de la dot courent du jour du mariage, encore qu'il y ait terme pour le payement, s'il n'y a stipulation contraire. » Au chapitre du *Régime dotal,* il y a une disposition identique; l'arti-

(1) Liége, 18 décembre 1851 (*Pasicrisie,* 1854, 2, 254).
(2) Bruxelles, 9 mai 1835 (*Pasicrisie,* 1835, 2, 193).

cle 1548 ajoute, ce que l'article 1540 dit implicitement, que les intérêts courent *de plein droit*. En règle générale, les intérêts ne sont dus que du jour de la demande; excepté, dit l'article 1153, quand la loi les fait courir de plein droit. C'est donc par exception que les intérêts courent en vertu de la loi. Une de ces exceptions se trouve dans les articles que nous venons de transcrire. Quelle en est la raison? Les intérêts tiennent lieu de dommages-intérêts, et les dommages-intérêts dus pour le retard supposent que le retard cause un préjudice au créancier; c'est pour constater le préjudice avec certitude que la loi exige une demande en justice. Dans le cas de dot, une demande en justice et une convention seraient inutiles; la destination de la dot constate le préjudice, en ce sens que les époux doivent supporter les charges du mariage dès l'instant où leur union est célébrée; la dot leur est promise pour les aider à supporter ces charges; si elle n'est pas acquittée immédiatement, les époux sont en perte, puisqu'ils ont dû supporter les charges sans avoir la jouissance de la dot; ce dommage doit être réparé, de là l'obligation imposée aux constituants de payer les intérêts de la dot.

181. Si l'on s'en tient aux motifs pour lesquels les intérêts de la dot courent de plein droit, il faut dire que la disposition est générale et s'applique, par conséquent, à toute espèce de dot. On l'applique, en effet, à la dot constituée en choses mobilières ou immobilières qui produisent des fruits naturels ou civils; tant que la chose n'est pas livrée, le donateur doit compte au donataire des fruits qu'il perçoit. C'est cependant s'écarter du texte; quand la loi fait courir les intérêts de plein droit, le débiteur est tenu de payer l'intérêt légal de 5 p. c.; les fruits que le donateur perçoit peuvent avoir et ont le plus souvent une valeur moindre, car les fruits ne représentent pas l'intérêt légal (1). Ne faut-il pas aller plus loin et décider que le donateur doit l'intérêt légal du capital de la chose donnée, en l'estimant à la valeur qu'elle a lors de la donation? On resterait ainsi dans les termes de la loi.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 227, § 500 (4e ed.).

A notre avis, le même principe doit être appliqué au cas où les choses constituées en dot ne produisent ni intérêts ni fruits. Tel serait un mobilier que les constituants auraient promis et qu'ils ne fournissent pas. On décide généralement que cette dot ne porte pas intérêt de plein droit(1). Le texte de la loi que l'on invoque ne dit pas cela; on lui fait dire que les sommes dotales produisent intérêt de plein droit et que les fruits des biens dotaux appartiennent aux donataires; tandis que la loi dit que les intérêts de la dot courent de plein droit à partir du mariage, ce qui suppose le payement d'une somme d'argent; cela résulte aussi de cette expression « encore qu'il y ait terme pour le payement », car on ne stipule guère de terme pour la délivrance d'un immeuble dotal. Ainsi la doctrine étend le texte si on le prend au pied de la lettre; dès lors il n'y a aucun motif pour ne pas l'appliquer à toute espèce de dot. On dit que c'est aux époux à demander des dommages-intérêts si le constituant ne livre pas la chose qu'il a promise. Nous répondons que, dans le système de la loi, le donataire n'est pas tenu d'agir en justice; d'une part, le dommage est constant par cela seul que la dot n'est pas prestée; et, d'autre part, la loi n'a pas voulu forcer les enfants à agir contre leurs père et mère.

182. Les articles 1440 et 1548 ajoutent : « S'il n'y a stipulation contraire ». Il est libre aux parties contractantes de déroger à la loi, puisqu'il s'agit d'une disposition de pur intérêt privé. Il faut une *stipulation* contraire; cela veut-il dire que la dérogation doit être *expresse?* Non, le mot *stipulation* est synonyme de convention, et les conventions peuvent être expresses ou tacites. Mais il ne suffit pas qu'il y ait un terme convenu pour le payement de la dot pour que les intérêts ne courent point. Les motifs pour lesquels les intérêts sont dus de plein droit existent quand il y a terme, aussi bien que lorsqu'il n'y a point terme; c'est que les époux devant supporter les charges du mariage à partir de la célébration de leur union ont droit à la jouissance de la dot qui leur est donnée pour supporter ces charges.

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 102, n° 128, et tous les auteurs.

L'application de ces principes a donné lieu à une légère difficulté. Il est stipulé dans un contrat de mariage que la dot sera payée dans le délai de cinq années, sans intérêt. La dot ne fut pas payée dans le terme convenu. Question de savoir si les constituants étaient tenus des intérêts à partir de l'époque fixée pour l'exigibilité. La cour de Poitiers décida que les intérêts étaient dus de plein droit à partir de cette époque (1). Nous n'y voyons pas le moindre doute. La règle est que les intérêts courent de plein droit, sauf exception; donc dès que l'on n'est pas dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle. Les intérêts, dans l'espèce, n'étaient pas dus pendant cinq ans; à l'expiration de ce délai, les intérêts étaient dus en vertu de la loi. On pouvait même soutenir que l'intérêt devait courir pour chaque terme stipulé pour le payement; le capital devait se payer par cinquième, chaque année, sans intérêt, jusqu'au payement; donc dès que le premier terme était échu sans être payé, on était hors de l'exception, partant on rentrait dans la règle. C'est peut-être en ce sens que la cour l'a entendu; la rédaction n'est pas claire.

183. L'article 2277 porte que les intérêts des sommes prêtées, et tout ce qui est payable par année ou à des termes périodiques plus courts, se prescrivent par cinq ans. Cette courte prescription est-elle applicable aux intérêts de la dot? L'affirmative est généralement admise (2). Comme la décision dépend du sens que l'on donne à la règle de l'article 2277, nous ajournons l'examen de la question au titre qui est le siége de la matière.

§ IV. *De la garantie de la dot.*

184. Aux termes de l'article 1440, la garantie de la dot est due par *toute personne* qui l'a constituée. L'article 1548 reproduit cette disposition dans les termes sui-

(1) Poitiers, 28 mars 1860 (Dalloz, 1860, 2, 168).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 227 et note 25, et les autorités qu'ils citent.

vants : « Ceux qui constituent une dot sont tenus à la garantie des objets constitués. » C'est encore une exception au droit commun. La dot est une libéralité, au moins de la part du constituant; or, le donateur ne doit pas la garantie (t. XII, n° 387); c'est donc par exception que la loi impose cette obligation à ceux qui constituent une dot. Quelle est la raison de cette exception? Le mariage est contracté, non pas en vue de la dot, mais sous la condition de la dot, en ce sens que les époux comptent sur la dot pour supporter les charges du mariage; il faut donc qu'elle leur soit garantie. Libre, du reste, aux parties intéressées de déroger à la loi.

185. La loi dit *toute personne*. En faut-il conclure que la femme est aussi tenue de la garantie? L'affirmative est certaine; seulement il faut voir dans quels cas la question se présente. Sous le régime de la communauté légale, tout le mobilier de la femme, présent et futur, est dotal; mais la femme ne doit, de ce chef, aucune garantie, car il est de principe que la garantie n'est pas due pour une universalité. La loi le dit pour la vente d'une hérédité (article 1696); à plus forte raison en est-il ainsi des donations. Les immeubles propres de la femme sont également dotaux quant à l'usufruit; comme il s'agit encore d'une universalité de biens, la garantie n'est pas due. Si la femme faisait entrer dans la communauté des immeubles déterminés, serait-elle tenue de la garantie? Nous examinerons la question en traitant de la clause d'ameublissement. Sous le régime exclusif de communauté, l'usufruit de tous les biens de la femme est dotal, ce qui exclut la garantie. Le régime de séparation de biens ne donne aucun droit direct au mari sur les biens de la femme, donc il n'y a pas lieu à garantie. Il en est de même des paraphernaux sous le régime dotal. Quant aux biens dotaux que la femme s'est constitués, il faut distinguer : si la constitution a pour objet une généralité de biens, la femme ne doit aucune garantie, tandis qu'elle est garante lorsqu'elle se constitue des biens particuliers en dot (1). Nous reviendrons sur les

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 99, n° 124.

principes au titre de la *Vente*, qui est le siége de la matière.

186. A qui la garantie est-elle due? Les articles 1440 et 1547 disent en termes absolus que la garantie est due; elle est donc due à ceux dans l'intérêt desquels la dot est constituée, c'est-à-dire au mari et à la femme. Elle est due avant tout au mari, parce qu'il reçoit la dot pour supporter les charges du mariage, c'est-à-dire à titre onéreux; voilà pourquoi il a droit à la garantie quand il est évincé d'une chose que la femme lui a constituée en dot. La garantie est due à la femme quand c'est elle qui est donataire; la loi ne distingue pas, et il n'y avait pas lieu de distinguer, car les deux époux doivent contribuer aux charges du mariage. Mais si la garantie est due au mari et à la femme, elle diffère dans son objet et dans ses effets à l'égard de l'un et de l'autre. Généralement la femme reste propriétaire, et le mari a l'usufruit de la dot; la femme est donc évincée de la propriété et le mari de la jouissance; c'est dans ces limites qu'ils ont le droit d'agir, puisque leur action tend à être indemnisés de la perte qu'ils éprouvent (1).

187. Quand l'action en garantie peut-elle être exercée? Régulièrement elle l'est pendant le mariage; elle naît dès que l'éviction a lieu et dès ce moment le mari et la femme peuvent agir. Elle peut encore être formée après la dissolution du mariage; quand il y a des enfants, la chose n'est pas douteuse, puisque la charge continue. Quand même il n'y aurait pas d'enfants, la garantie n'en est pas moins due; elle est due par cela seul que le contrat est réputé à titre onéreux. Telle est la dot. Donc à quelque époque que l'éviction ait lieu, le propriétaire de la chose peut agir en garantie. Qui est propriétaire? Cela dépend des conventions matrimoniales; d'ordinaire ce sera la femme. Les héritiers des époux peuvent exercer la garantie sans qu'il y ait à distinguer entre les héritiers en ligne directe et les collatéraux; la raison en est que la chose est transmise

(1) Duranton, t. XV, p. 444, n° 374. Rodière et Pont, t. I, p. 92, n° 112.

aux héritiers avec les droits qui y sont attachés, donc avec le droit à la garantie (1).

188. Quelle est l'étendue de la garantie? Domat pose le principe en ces termes : Ceux qui constituent une dot sont obligés à la garantie des fonds donnés, des créances cédées et des autres choses, selon qu'il est convenu ou selon les règles de la garantie que doivent ceux qui vendent ou qui transportent. « Par *transport,* Domat entend la cession ou donation des créances. Il est rare qu'il y ait des conventions relatives à la garantie; c'est donc, en général, d'après les règles établies au titre de la *Vente* que l'on décidera les questions que la garantie fait naître. Ce n'est pas ici le lieu de traiter cette matière. Nous nous bornons à remarquer que si la garantie est identique dans la donation et dans la vente, il y a néanmoins des différences; elles viennent de ce que dans la vente il y a un prix, tandis que le donateur ne reçoit rien. De la suit que les règles de la vente qui supposent un prix ne reçoivent pas d'application à la dot ou ne peuvent être appliquées que par analogie. Tel est l'article 1633 : » Si la chose vendue se trouve avoir augmenté de prix à l'époque de l'éviction, indépendamment même du fait de l'acquéreur, le vendeur est tenu de lui payer ce qu'elle vaut au-dessus du prix de la vente. — Et si la chose vendue se trouve diminuée de valeur, le vendeur n'en est pas moins tenu de restituer la totalité du prix (art. 1631). » Quelle est la valeur que le donateur devra restituer? Le donataire a droit à la réparation de la perte qu'il éprouve, c'est donc la valeur de la chose lors de l'éviction qu'il peut réclamer. S'il s'agit d'une créance, il faut appliquer l'article 1693, aux termes duquel le vendeur n'est tenu qu'à garantir l'existence de la créance lors du transport; il ne répond de la solvabilité du débiteur que lorsqu'il s'y est expressément engagé (art. 1694). A plus forte raison en doit-il être ainsi du donateur. Quel sera le montant de l'indemnité si la créance donnée n'existe pas? Il est de principe que le vendeur restitue le prix et les dommages-intérêts. Par analogie, il faut décider que le

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 228, notes 29 et 30, § 500.

donateur devra restituer le montant de la créance dans les limites de ce que le donataire aurait recouvré, car c'est là la perte qu'il souffre (1).

CHAPITRE II.

DU RÉGIME EN COMMUNAUTÉ.

§ Ier. *Qu'est-ce que la communauté?*

189. La communauté est une société universelle de biens qui se forme entre mari et femme, soit par l'effet de la loi, soit par l'effet des conventions matrimoniales.

Le mot *communauté* est encore employé dans d'autres sens, mais qui se rapportent toujours à l'idée d'une société de biens entre l'homme et la femme. Ainsi. dit-on, la communauté désigne souvent les époux eux-mêmes, en tant que communs en biens. En ce sens, on dit que la communauté est créancière ou débitrice des époux et qu'elle a l'usufruit des biens qui leur sont propres. A vrai dire, la société de biens, appelée communauté, n'est autre chose que les époux eux-mêmes considérés comme associés. Car la communauté n'est pas une personne civile qui possède, qui est créancière ou débitrice; ce sont les époux qui mettent une partie de leurs biens en commun et qui, à raison de cette société, deviennent créanciers ou débiteurs en ce qui concerne le patrimoine qui leur reste propre.

On entend quelquefois par communauté le fonds social

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 94, nos 115, 116. Aubry et Rau, t. V, p. 229, et notes 31 et 32. § 500.

qui est commun entre les époux. En ce sens, on parle d'un actif de la communauté et d'un passif. Mais on ne concevrait pas de fonds social sans une société de biens, et cette société, ce sont les époux associés. Qui est débiteur, qui est propriétaire? Les époux; c'est donc à eux, comme associés, qu'appartient l'actif, c'est comme associés qu'ils sont tenus du passif.

Enfin, on entend par communauté le fait de l'association des époux. En ce sens, on dit que la communauté commence le jour du mariage, et qu'elle se dissout par la mort, le divorce, la séparation de corps et la séparation de biens. Mais ce fait de l'association, n'est-ce pas la société, c'est-à-dire les époux? Ils commencent à être associés dès qu'ils sont unis par le mariage; ils cessent de l'être quand l'union conjugale cesse, soit quant aux personnes, soit quant aux biens (1).

190. La communauté est une société universelle, mais elle ne comprend pas tous les biens des époux; la fortune immobilière en est exclue, le mobilier seul y entre. Au point de vue de la théorie, on ne comprend pas cette composition arbitraire du fonds social. L'étendue de la société variera, selon que la fortune des époux est mobilière ou immobilière; aujourd'hui que la richesse mobilière prend une importance sans cesse croissante, la communauté peut comprendre toute la fortune des époux, tandis que dans l'ancien droit et à l'époque où la communauté s'est formée, elle ne comprenait presque rien. Qu'était-ce au XIIe siècle que les valeurs mobilières? Elles se réduisaient à un chétif mobilier; on ne savait ce que c'étaient que des obligations et des actions, l'industrie et le commerce étaient à peu près nuls. Encore au début de l'ère moderne, la richesse mobilière avait si peu d'importance que les jurisconsultes disaient : *Vilis mobilium possessio*. La possession des choses mobilières était réputée chose vile, non-seulement parce qu'elle avait peu de valeur, mais aussi parce que le commerce et l'industrie étaient dédaignés par

(1) Comparez Aubry et Rau. t. V, p. 277, note 1, § 505. Colmet de Santerre, t. VI, p. 40, n° 18 *bis* I.

les classes dominantes. Il y avait de l'orgueil aristocratique dans ce dédain. L'esprit de famille est un des traits caractéristiques de l'ancien droit. Tout y était rapporté : on veillait avec un soin jaloux à ce que les biens immeubles restassent dans le patrimoine des familles. Dans cet ordre d'idées, on n'aurait pas compris que la fortune immobilière des époux entrât dans leur communauté, puisque c'eût été transporter les immeubles d'une famille à une autre. Si l'on y faisait entrer les meubles, c'est à raison de leur infime valeur.

C'est sous l'influence de cet état social que s'est formée la communauté. On en exclut les immeubles, ils n'entrent dans la communauté que pour la jouissance. Le mobilier seul compose la communauté avec les fruits et les acquêts. Les sentiments et les préjugés qui expliquent la composition de la communauté sont loin de nous : personne ne dira aujourd'hui que la possession des meubles est chose vile, et nous n'avons plus rien de l'orgueil aristocratique qui prétendait donner à la noblesse la solidité et la perpétuité du sol. Le flot démocratique coule à pleins bords, c'est l'industrie, c'est le commerce qui dominent, c'est-à-dire la richesse mobilière. Les immeubles ne nous tiennent plus tant à cœur. Nos lois ignorent la maxime *Paterna paternis*; et, dans nos mœurs, nous préférons les valeurs qui montent toujours et qui produisent des revenus croissants à des immeubles dont la valeur augmente aussi, mais qui ne donnent qu'un revenu insuffisant pour des besoins illimités.

191. L'état social ayant changé, comment se fait-il que le droit soit resté celui du XIIe siècle? Le droit est une science traditionnelle, les coutumes surtout sont tenaces, elles survivent souvent aux besoins, aux idées et aux sentiments qui leur ont donné naissance. Lorsqu'on discuta le code civil, la communauté, telle qu'elle s'était formée au moyen âge, était entrée dans les mœurs; le législateur n'a pas voulu bouleverser des habitudes qui avaient des racines séculaires, il se borna à écrire le droit. Toutefois on sortait d'une révolution qui avait détruit le passé et inauguré une ère nouvelle. Les hommes de 1789 siégeaient

au conseil d'Etat. La communauté traditionnelle les choquait. Ils proposèrent de la remplacer, l'un par la communauté universelle, l'autre par la communauté d'acquêts.

La communauté universelle a de l'attrait pour les hommes de théorie; c'est le système le plus logique. Que dit-on pour justifier la communauté légale et pour lui donner la préférence sur le régime dotal? On répète, avec Pothier, que la société de biens qui se forme entre époux est une conséquence de l'union des personnes (1). Et cette union n'est-elle pas absolue? On cite la belle définition qu'un jurisconsulte, Modestin, donne du mariage : « C'est l'union de l'homme et de la femme, c'est la communauté de la vie entière, c'est la communication du droit divin et du droit humain. » On cite les paroles profondes d'un Père de l'Eglise; Tertullien dit des époux : « Ils sont deux dans une même chair; et là où il y a une même chair, il y a aussi un même esprit (2). » Cette identification des personnes ne doit-elle pas aboutir à identifier leurs intérêts? Si l'on veut être conséquent au principe sur lequel repose la communauté, il faut la rendre universelle. Berenger en fit la proposition au conseil d'Etat. Il trouvait de grands avantages à la communauté universelle au point de vue économique. C'est le système le plus simple, celui qui prévient tout abus et toute fraude; il donne au mari tout le crédit que peut lui procurer la fortune de sa femme. Si la communauté limitée des coutumes favorise la prospérité des familles et, par suite, la richesse publique, à plus forte raison en sera-t-il ainsi de la communauté universelle. La proposition ne trouva aucun appui. Tronchet la combattit, puis il n'en fut plus question. Gardons-nous, dit Tronchet, de rompre les habitudes; la communauté traditionnelle, que le code consacre, les respecte. Cette communauté limitée répond au vœu des familles. Nous n'aimons pas que nos biens passent dans une famille étrangère. Ceux qui ne partagent pas ces répugnances peuvent faire des conventions en conséquence; mais la loi ne doit pas impo-

(1) Pothier, *Traité de la communauté*, n° 2.
(2) Rodière et Pont citent encore d'autres temoignages, t. I, p. 264, n° 339.

ser aux citoyens, comme droit commun, une règle qui leur répugne (1).

Les faits ont donné raison à Tronchet. Il y a des théoriciens qui préfèrent la communauté universelle (2), mais la pratique l'ignore. C'est à peine si, sur 200 contrats de mariage, il y en a un seul qui stipule la communauté universelle (2); preuve que ce régime n'est pas en harmonie avec les sentiments généraux. Cela est décisif pour le législateur. Il s'agit de conventions; or, en cette matière, le législateur ne fait que prévoir ce que les parties veulent. Etablira-t-il, comme étant leur volonté, un régime dont l'immense majorité ne veut point? S'il y a des pays où la communauté universelle a été adoptée comme droit commun, cela tient sans doute à des causes particulières. Nous n'avons aucune raison d'imiter ce qui n'est pas dans nos mœurs.

192. Maleville fit une proposition dans un sens contraire en réduisant la communauté aux acquêts : ce qui laissait la fortune mobilière propre aux époux, aussi bien que leur fortune immobilière. Les bonnes raisons ne lui manquaient point. On dit que les biens des époux doivent être communs comme leurs sentiments et leurs idées. Rien de plus vrai. Mais la vie commune ne commence qu'avec le mariage; que les travaux des époux soient communs et que les bénéfices se partagent entre les associés, cela suffit pour identifier les intérêts ainsi que les affections. Cela suffit aussi pour intéresser la femme aux affaires du mari et à la prospérité de la famille. Mais où est la nécessité de communiquer au conjoint la fortune mobilière que l'un des époux possède, alors que l'autre époux peut ne rien posséder ou n'avoir que des immeubles? Dès que la fortune des époux n'est pas la même, la communauté légale consacre une inégalité, donc une injustice. Si les immeubles restent propres aux époux, il en doit être de même des valeurs mobilières, puisque la fortune tend de

(1) Séance du conseil d'Etat du 13 vendémiaire an XII, n° 5 (Locré, t. VI p. 353).
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 215 et suiv., § 497.
(3) Rodière et Pont, t. I, p. 268, n° 343.

plus en plus à se mobiliser. Il faut respecter la tradition, tant qu'elle est en harmonie avec les mœurs; mais c'est chose absurde d'immobiliser des coutumes du XII[e] siècle, alors qu'il ne reste rien de l'état social qui leur a donné naissance (1).

Les faits ont donné raison à Maleville; on peut dire que la communauté d'acquêts, plus ou moins modifiée, est devenue le régime de tous ceux qui font un contrat de mariage (2). Pourquoi sa proposition ne fut-elle pas accueillie par le conseil d'Etat? C'est surtout à raison des difficultés pratiques que présente la communauté d'acquêts. Le mobilier présent et futur en est exclu; il faut donc en constater la consistance et la valeur par des actes authentiques : c'est multiplier les formes et les frais; or, n'est-ce pas précisément pour échapper aux frais que l'on se marie sans contrat? Que si la loi permettait aux époux de prouver la consistance et la valeur du mobilier par témoins, il y aurait des difficultés et, par suite, des procès pour la liquidation de toutes les communautés. On craint l'inégalité sous le régime de la communauté légale; c'est oublier que les futurs époux qui ont quelque fortune ont bon soin de faire un contrat de mariage afin de maintenir l'égalité entre eux. Ces observations, faites par Tronchet et reproduites par Berlier dans l'Exposé des motifs (3), sont graves et, à notre avis, décisives; les meilleures lois ne sont pas celles qui sont en harmonie avec les principes, ce sont celles qui préviennent les contestations, en laissant, du reste, aux parties contractantes une entière liberté de régler leurs intérêts comme elles le veulent. La communauté traditionnelle, quels que soient les reproches que l'on puisse lui faire, conserve donc sa raison d'être.

(1) Séance du conseil d'Etat du 13 vendémiaire an XII, n° 5 (Locré, t. VI. p. 351).
(2) Comparez Duranton, t. XIV, p. 88, n° 78.
(3) Berlier, *Exposé des motifs*, n° 13 (Locré, t. VI, p. 393).

§ II. *De la communauté considérée comme société de biens.*

193. La communauté est une société de biens, mais c'est une société qui repose sur des principes tout particuliers et contraires, en bien des points, au droit commun. Une des règles fondamentales de la société ordinaire, c'est l'égalité (art. 1859). Dans la communauté, c'est l'inégalité qui domine. Les coutumes formulaient ce principe en termes hautains : elles qualifiaient le mari de seigneur et maître. Notre code ne reproduit plus cette qualification qui rappelle l'orgueil de l'aristocratie ; mais, sauf quelques modifications, il consacre le système traditionnel : « Le mari administre *seul* les biens de la communauté. Il peut les vendre, aliéner et hypothéquer *sans le concours de la femme* » (art. 1421). Le mari oblige la communauté même par ses délits. Quant à la femme commune, elle n'intervient dans aucun acte, elle ne peut s'opposer à aucun acte, quelque ruineux qu'il soit pour les intérêts communs. La loi limite seulement le pouvoir du mari en ce qui concerne les actes à titre gratuit. Pour les actes à titre onéreux, le mari reste ce qu'il était sous l'ancien droit, seigneur et maître.

Pothier nous dit la raison de cette subordination de la femme. Le mari exerce la puissance maritale, la femme lui doit obéissance ; or, la société des biens est une suite et une image de la société des personnes : chef de l'une, le mari doit être chef de l'autre, et qui dit chef exclut l'égalité qui règne entre associés. Nous n'avons pas à justifier ici le principe de la puissance maritale ; le principe étant admis, l'organisation de la communauté en découle par voie de conséquence.

194. Le pouvoir presque absolu que la loi reconnaît au mari sur les biens de la communauté a fait naître une singulière question. Peut-on considérer comme société une convention qui donne tous les droits au mari et aucun à la femme ? C'est plus que société léonine, dit-on, c'est la négation de la société. Le plus profond de nos anciens

jurisconsultes exprime cette pensée dans son style lapidaire. « Non, *la femme n'est pas associée,* dit Dumoulin, *elle espère de l'être* (1). » Pothier dit à peu près la même chose, quoique en termes plus mesurés : « Pendant que la communauté dure, le mari est réputé *en quelque façon* comme le *seul seigneur et maître absolu des biens dont elle est composée.* Le droit qu'y a la femme n'est regardé que comme un droit informe, qui se réduit à partager un jour les biens qui la composeront au jour de la dissolution (2). » Toullier a pris ces paroles au pied de la lettre, et il en a conclu que la communauté ne commence à exister que lorsqu'elle se dissout, bien entendu si la femme accepte, car si elle renonce, il n'y a pas et il n'y a jamais eu de communauté. Nous croyons inutile de réfuter cette erreur, ou ce paradoxe. Toullier lui-même s'est chargé de ce soin, car il avoue que les textes sont contraires à son opinion ; mauvaise rédaction, dit-il, qu'il faut corriger ; ce qui revient à dire, comme le remarque le commentateur de Toullier, qu'une foule de textes disent le contraire de ce qui s'y trouve. Cela n'est pas sérieux, et nous ne discutons pas les plaisanteries. Il va de soi que Toullier est resté seul de son avis. Tous les auteurs le combattent, et vraiment il n'en vaut pas la peine. Un seul auteur, et un de nos meilleurs jurisconsultes, Championnière, a pris parti pour le paradoxe de Toullier (3) ; mais comme il ne donne pas de nouveaux arguments à l'appui d'une cause insoutenable, nous croyons inutile de recommencer un débat qui est vidé depuis longtemps.

Nous nous contentons de redresser les faits que les paradoxes altèrent toujours plus ou moins. Est-il vrai que, dans l'opinion de Dumoulin et de Pothier, il n'y avait pas de communauté? La femme est exclue de la gestion des intérêts communs, mais ces intérêts ne laissent pas d'être communs. Aussi Dumoulin ne dit-il pas qu'il n'y a pas de communauté, il dit seulement que la femme n'a pas les

(1) « Non est proprie socia, sed speratur fore » (*Coutume de Paris,* § 57. n° 2).
(2) Pothier, *De la communauté,* n° 3.
(3) Toullier, t. VI, 2, p. 77, n°s 80 et 81. Championnière et Rigaud, t. IV. p. 6, n°s 2835 et 2836.

droits d'un véritable associé, et Pothier ne répète pas même, avec les coutumes, que le mari est seigneur et maître, il se borne à dire qu'il l'est *en quelque façon*. Pourquoi ces restrictions? C'est que la femme est réellement copropriétaire. Les anciens auteurs le disent en toutes lettres. Ecoutons Laurière : « Si le mari est seigneur des meubles et des conquêts immeubles, il n'en est pas propriétaire, si ce n'est de la moitié seulement; et s'il peut vendre, aliéner, hypothéquer, ce n'est que parce qu'il en a la libre administration, en qualité de chef de la communauté (1). »

Tels sont les vrais principes de l'ancien droit : les deux époux sont associés, mais associés inégaux. Le code civil va plus loin. Il ne donne plus au mari la qualification de seigneur et maître; il ne lui conserve pas le pouvoir illimité qu'il avait dans les coutumes; en principe, le mari ne peut plus disposer à titre gratuit. Il faut donc dire, sous l'empire du code : le mari est seigneur et maître quand il s'agit d'actes à titre onéreux; il n'est plus maître et seigneur quand il s'agit d'actes à titre gratuit, et pourquoi ne l'est-il plus? Parce que la femme est associée, copropriétaire; or, l'on ne s'associe pas pour perdre, on s'associe pour gagner. Qu'importe que le mari puisse abuser de son pouvoir d'administration? La loi donne à la femme bien des priviléges à raison de la puissance qu'elle accorde au mari. La femme peut demander la séparation de biens, c'est-à-dire la dissolution d'une société qui menace de lui devenir fatale; le mari n'a pas ce droit. La femme peut renoncer à la communauté quand elle est désavantageuse; le mari n'a pas ce droit. Dira-t-on qu'en cas de renonciation, il n'y a jamais eu de communauté? On le dit d'ordinaire, mais cela est trop absolu. S'il n'y avait jamais eu de communauté, la femme pourrait reprendre le mobilier qui y est entré de son chef, tandis que la femme renonçante perd tout droit sur son mobilier; preuve qu'il y a eu société, et société malheureuse. La femme peut aussi

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 278, note 4, § 505.

accepter, et si elle fait inventaire, elle jouira du bénéfice d'émolument. Elle en jouit, non pas comme l'héritier, en vertu d'une déclaration, elle en jouit en qualité de femme commune, donc d'associée, mais d'associée inégale, subordonnée. Il en est de même des priviléges que la loi lui accorde pour l'exercice de ses reprises. Toutes ces dispositions sont la conséquence d'un seul et même principe qui domine toute la matière de la communauté : la femme est asoociée, mais étant exclue de l'administration, il n'est pas juste qu'elle souffre un préjudice de la mauvaise gestion de son mari.

195. Le principe de l'inégalité n'est pas le seul qui distingue la communauté des sociétés ordinaires. La loi favorise les conventions matrimoniales, donc aussi le contrat de mariage tacite que l'on appelle la communauté légale. Dans les sociétés ordinaires, le législateur maintient la prohibition des pactes successoires (art. 1837). Les futurs époux peuvent stipuler une communauté universelle; leur convention embrasse, en ce cas, toutes les successions qui écherront aux époux (art. 1526). Quoique limitée à la fortune mobilière, la communauté légale contient aussi un pacte successoire, puisqu'elle implique la stipulation tacite que les successions mobilières entreront dans l'actif de la société formée par les époux. L'article 1855 défend de stipuler que la totalité des bénéfices appartiendra à l'un des associés, ou d'affranchir la mise de l'un d'eux de toute contribution aux pertes. Les époux, au contraire, peuvent convenir que la communauté entière appartiendra au survivant ou à l'un d'eux seulement (article 1520); ils peuvent encore stipuler que la femme aura le droit de reprendre ses apports, en renonçant, sans être tenue de supporter sa part dans les dettes de la communauté (art. 1514).

D'un autre côté, les époux ne peuvent pas consentir certaines conventions qui sont permises aux associés. Les conventions matrimoniales, tacites ou expresses, sont irrévocables; tandis que les associés, par leur consentement mutuel, peuvent modifier leurs conventions comme ils le veulent. Aux termes de l'article 1399, la communauté

commence du jour du mariage, et on ne peut stipuler qu'elle commencera à une autre époque; les associés conservent, à cet égard, une entière liberté. La communauté ne finit que par la mort, le divorce, la séparation de corps ou la séparation de biens; les associés peuvent mettre fin à leur société quand ils le veulent.

196. Il résulte de là un principe que la cour de cassation de Belgique a eu l'occasion de consacrer. La communauté étant une société, on pourrait croire qu'il faut y appliquer les règles qui régissent la société en général. Mais cela suppose que la communauté est l'espèce dont la société est le genre, en d'autres termes, que la communauté est une des sociétés dont les règles sont tracées au titre que le code contient sur ce contrat. La classification du code démontre que cette supposition n'est pas exacte. Il contient un titre à part sur le contrat de mariage où il traite spécialement de la communauté; c'est donc une convention spéciale régie par des principes spéciaux. La cour de cassation en a déduit cette conséquence que l'on ne peut pas recourir au titre de la *Société* pour interpréter les stipulations d'un contrat de mariage (1). Les différences essentielles que nous avons signalées entre la communauté et la société ordinaire viennent à l'appui de cette décision. On ne peut pas argumenter par voie de principe à conséquence, là où il y a des principes différents.

197. Ce n'est pas à dire qu'il n'y ait des analogies entre la communauté et la société ordinaire. On demande si la communauté est une personne civile, c'est-à-dire un de ces êtres fictifs que la loi crée et auxquels elle permet d'exercer certains droits, notamment de posséder, d'acquérir, d'aliéner, de stipuler, de promettre, d'agir en justice. La question est controversée et elle n'est pas sans difficulté. Si l'on admet que les sociétés civiles ordinaires sont des personnes morales, il serait difficile de ne pas reconnaître le même caractère à la communauté; car, sous ce rapport, l'analogie est certaine. Nous dirons, au titre de la *Société*, que les associations civiles ne sont pas des

(1) Rejet, 3 juillet 1846 (*Pasicrisie*, 1847, 1, 16).

personnes civiles, ce qui préjuge la question pour la communauté. Ici nous nous bornons à quelques considérations particulières à la société entre époux.

Chose remarquable, les anciens auteurs ne discutent pas même la question. Ils ne pouvaient pas considérer la communauté comme une personne civile, puisque les coutumes établissaient un principe qui est incompatible avec la personnification de la communauté : le mari étant maître et seigneur de la société de biens formée entre les époux, on ne conçoit pas qu'il y ait à côté, pour mieux dire, au-dessus de lui un être fictif dont le mari ne serait que l'agent. Sauf quelques restrictions, le principe coutumier est encore le nôtre. La loi dit que le mari administre seul la communauté; il n'y a pas un mot dans nos textes d'où l'on puisse induire que le mari ne serait que l'administrateur d'un corps moral. C'est lui qui aliène les biens communs avec un pouvoir absolu; il est donc propriétaire et, encore une fois, rien ne marque que les biens communs appartiennent à un être fictif. Il y a, au contraire, des principes, reconnus par tout le monde, qui repoussent cette fiction. On distingue le patrimoine de la communauté du patrimoine qui reste propre aux époux. La communauté ayant un actif et un passif, on pourrait croire qu'elle forme une personne différente des époux. Mais cette fiction est incompatible avec le pouvoir que la loi reconnaît au mari. Il est propriétaire de la communauté, il est propriétaire de ses biens propres : est-ce que ces deux patrimoines sont distincts quant au mari, en sorte que les dettes qui grèvent l'un ne grèveraient pas l'autre? Non, les deux patrimoines n'en font qu'un. De là ces règles fondamentales du régime de communauté : toute dette du mari est une dette de communauté, et toute dette de communauté est une dette du mari. Ces règles sont la négation de la personnification de la communauté. Si celle-ci formait une personne civile, il faudrait dire que les dettes de cette personne sont étrangères au mari et que les dettes du mari sont étrangères à la communauté. Dans le système du code, la personnification de la communauté ne se conçoit pas, elle implique une absurdité. Les biens du mari et les

biens communs ne font qu'un seul et même patrimoine, que le mari gère en seigneur et maître. Que deviendrait ce pouvoir du mari, dans la supposition que la communauté soit une personne civile? Non-seulement le mari ne serait plus seigneur et maître des biens communs, il ne serait même plus propriétaire de ses biens propres, ces biens se confondant avec ceux de la communauté; il en résulterait cette étrange conséquence que le mari serait dépouillé de ses propres et qu'il ne les gérerait que comme agent d'une personne morale qui absorberait les droits du mari comme chef et ses droits comme propriétaire.

Pour admettre une fiction aussi monstrueuse, il faudrait des textes bien formels. D'abord, ce serait une grave dérogation au droit ancien et on ne pourrait l'admettre que si le législateur la consacrait expressément. Or, ni les travaux préparatoires ni le texte ne marquent l'intention d'innover; les auteurs du code se sont bornés, en cette matière, à consacrer la tradition. Cela est décisif. Il y a une autre considération également décisive. Il est de principe que la loi seule peut créer des personnes civiles. Cela ne veut pas dire que les personnes civiles n'existent que lorsque la loi les admet sous ce titre. Le mot de *personne civile* appartient à la doctrine, le code l'ignore, bien qu'il admette l'existence de ces personnes fictives (t. I[er], n° 291). Mais, du moins, faut-il que la loi reconnaisse à un être moral une existence juridique en lui confiant des droits qui impliquent la personnification. La question est donc celle-ci : les dispositions du code concernant la communauté impliquent-elles nécessairement l'idée d'une personne civile? Nous disons *nécessairement,* car la loi ne crée des êtres fictifs que lorsque la nécessité l'exige. Il suffit donc que l'on puisse expliquer les dispositions du code sur la communauté, sans recourir à l'hypothèse d'une personnification, pour que l'on doive rejeter cette hypothèse. En ce sens, on peut dire : Pas de personne civile sans texte.

Or, les anciens auteurs n'ont jamais songé à l'idée d'une personnification pour expliquer les principes qui régissent la communauté. Et il en est de même de la plupart

des auteurs modernes. Cela est décisif. Il faut dire que la loi ignore cette prétendue personne civile, donc elle n'existe pas. Le code parle d'un actif et d'un passif de la communauté et d'un patrimoine actif et passif propre à chacun des époux. Cela veut-il dire que les époux formant des personnes, possédant, acquérant, stipulant et promettant, la communauté doit aussi être une personne, puisque la loi lui attribue certains biens et qu'elle parle des acquêts de la communauté, de ses dettes et de ses créances? Il y a une autre explication qui rend la fiction inutile. Toute société a un actif et un passif, cependant toutes les sociétés ne sont pas des personnes civiles; ce sont les associés qui possèdent et qui contractent. Telle est aussi la position des époux; ils mettent en commun leur mobilier. les fruits de leurs propres, leurs économies et les acquisitions qu'ils font avec ces économies; ce sont eux qui possèdent et qui acquièrent. Et dans la théorie traditionnelle, il faut ajouter que, pendant la durée de la communauté, le mari seul est considéré comme propriétaire de ce qui compose l'actif social; lui seul est créancier, lui seul est débiteur. A quoi bon la fiction d'une personne morale pour expliquer une situation qui s'explique sans fiction aucune (1)?

La question qui est si vivement agitée par les auteurs présente très-peu d'intérêt pratique. Ceux-là mêmes qui soutiennent que la communauté est une personne civile sont obligés d'avouer que la personne civile se montre plus rarement dans la communauté que dans les autres sociétés (2). C'est dire que le plus souvent la question de savoir si la communauté est une personne civile est indifférente : où est donc la nécessité de créer une personne fictive? Nous reviendrons sur la question en examinant les rares difficultés qu'elle soulève. La jurisprudence, qui ne se soucie guère des théories, s'en est tenue à la réalité des choses. Troplong prétend que l'idée d'un corps moral se trouve dans beaucoup d'arrêts. Le langage prête à cette

(1) C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Voyez les sources dans Aubry et Rau, t. V, p. 277, note 2, § 505.
(2) Troplong, t. I, p. 150, n° 310.

confusion, puisque les lois et, par suite, les arrêts parlent toujours de la communauté et non des époux communs en biens. Mais quand la difficulté s'est présentée devant la cour de cassation, elle n'a pas hésité à la décider comme nous l'avons fait. Le pourvoi prétendait que la communauté constituait une personne civile, distincte des deux époux, possédant un actif affecté aux dettes faites pendant sa durée, d'où il concluait que l'actif social ne devenait le gage d'autres créanciers qu'après l'entier acquittement des dettes communes. La cour répond que la loi ne reconnaît pas dans la communauté une personne civile qui se sépare des conjoints entre lesquels elle est formée. En effet, dit l'arrêt, le mari, constitué souverain administrateur et maître, absorbe, tant qu'elle dure, la communauté dans sa personne; tous ceux avec lesquels il agit, plaide, soit en demandant, soit en défendant, et contracte en vertu du droit de pleine et libre disposition qui lui appartient, ne connaissent que lui. Qui a jamais songé à intenter une action au nom de la communauté ou à faire figurer la communauté comme telle dans un contrat? C'est la personnalité du mari qui seule apparaît, ce qui exclut l'idée d'une personne fictive : où y aurait-il place pour la fiction là où tout est rempli par la réalité (1)?

§ III. *Communauté légale et conventionnelle.*

198. La communauté est légale ou conventionnelle Aux termes de l'article 1400, la communauté qui s'établit par la simple déclaration que l'on se marie sous le régime de la communauté, à défaut de contrat, est soumise aux règles expliquées dans les six sections qui suivent. Ainsi la communauté légale existe dans deux cas : d'abord à défaut de contrat, puis quand les époux font un contrat de mariage où ils stipulent simplement qu'ils se marient sous le régime de la communauté. Il y a donc communauté légale, quoique les époux fassent un contrat. La loi met sur la même ligne la communauté stipulée par con-

(1) Rejet, chambre civile, 18 avril 1860 (Dalloz, 1860, 1, 185).

trat et la communauté qui existe à défaut de contrat. Cela implique que la communauté légale est, en réalité, une communauté conventionnelle, en ce sens qu'elle résulte d'un contrat soit exprès, soit tacite. Nous reviendrons à l'instant sur ce point.

Qu'est-ce donc que la communauté conventionnelle dans le langage du code? C'est la communauté légale modifiée par les conventions des parties contractantes. L'art. 1497 dit que « les époux peuvent modifier la communauté légale par toute espèce de conventions non contraires aux articles 1387, 1388, 1389 et 1390 ». La loi prévoit les plus usitées de ces modifications, et elle ajoute à la fin (art. 1528) que la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé par le contrat. La communauté n'est donc conventionnelle que lorsqu'elle déroge à la communauté légale.

199. Nous disons que la communauté légale est une communauté conventionnelle, en ce sens qu'elle est fondée sur une convention. Cela est d'évidence lorsque les époux font un contrat par lequel ils stipulent le régime de communauté; l'article 1400 qualifie cette convention de communauté légale, parce que les époux adoptent ce régime sans modification. L'article 1400 met sur la même ligne la communauté qui existe quand les époux ne font pas de contrat; c'est donc également une communauté conventionnelle, puisqu'elle résulte de la convention tacite des époux. Cela est aussi fondé en raison. Le régime de communauté, comme tout régime, est un contrat, c'est ce que la loi appelle conventions matrimoniales (art. 1387, 1393, 1394), et on ne conçoit pas de convention sans concours de consentement.

La communauté légale n'est donc pas une communauté que la loi impose aux parties; cela n'aurait pas de sens, car la loi commence par dire que les époux peuvent faire telles conventions qu'ils veulent; l'article 1387 ajoute que la loi ne régit l'association conjugale quant aux biens qu'à défaut de conventions spéciales. La loi la régit, non pas comme règle imposée, mais comme règle consentie

tacitement; elle la règle pour dispenser ceux qui entendent se soumettre au régime de communauté de faire un contrat notarié; en ne faisant pas d'acte devant notaire, ils adoptent implicitement le régime de droit commun; c'est par leur volonté qu'ils y sont soumis, car il dépend d'eux de vouloir le contraire. Nous insistons sur ce principe élémentaire, parce qu'il va nous aider à décider des questions controversées.

On a contesté le principe. Odier dit que la communauté légale ne résulte pas d'une convention présumée des parties, qu'elle est établie par la seule force de la loi; il déclare qu'il met la loi, expression de la volonté générale, fort au-dessus de l'expression présumée de la volonté de deux particuliers (1). Il y a inexactitude et confusion dans ces paroles. D'abord il ne peut être question d'une convention *présumée;* la loi ne présume jamais, et elle ne peut pas présumer une convention, puisqu'il est de l'essence de la convention de reposer sur le consentement, et les parties seules peuvent consentir. Autre chose est la convention tacite, puisque l'on peut consentir tacitement. Que la loi, comme volonté générale, soit au-dessus des lois particulières que l'on appelle contrats, cela est d'évidence; mais la question est de savoir si la loi peut intervenir pour imposer une convention aux époux. L'article 1387 dit tout le contraire; il met la liberté des parties au-dessus de la loi, puisqu'il leur permet de faire des conventions contraires à la loi: ce qui est la règle en matière de contrats; la loi prévoit seulement ce que les parties veulent, mais elle leur permet de vouloir autre chose, et il suffit qu'elles manifestent leur volonté pour que la loi cesse d'avoir effet.

Dumoulin et, après lui, Pothier ont établi ces principes avec une évidence telle, que l'on est étonné de les voir encore révoqués en doute. Quoique la communauté soit appelée *légale,* dit Dumoulin, ce n'est pas néanmoins la loi qui en est la cause immédiate; elle n'est pas formée, dit-il, *vi ipsius consuetudinis immediate et in se.* La cause im-

(1) Odier, t. I, p. 48, n° 37.

médiate qui produit et établit cette communauté est une convention qui n'est pas, à la vérité, expresse et formelle, mais qui est virtuelle et implicite; les parties en se mariant, quand elles ne se sont pas expliquées sur leurs conventions matrimoniales, sont censées être *tacitement* convenues d'une communauté telle qu'elle a lieu par la coutume de leur domicile. Cette communauté n'est appelée *légale* que parce que les parties, par cette convention *tacite*, s'en sont entièrement rapportées à la loi. Les coutumes avaient l'air d'ordonner en disant : *Homme et femme sont uns et communs en tous biens meubles*, etc. En réalité, la coutume n'ordonnait pas à l'homme et à la femme qui se marient d'être *uns et communs*, puisqu'elle leur permettait de convenir du contraire; elle déclare seulement que l'usage est qu'à défaut de contrat et de volonté contraire, les futurs époux sont censés être convenus d'être uns et communs en biens (1).

200. Si Dumoulin a pris tant de soin pour établir un principe élémentaire, c'est que, dans l'ancien droit, il importait beaucoup de savoir si la communauté était établie en vertu de la coutume ou de la convention. Les coutumes variaient d'une province, d'une ville, parfois d'un village à l'autre : comment savoir quelle était la loi des parties quant à leurs conventions matrimoniales? On suivait comme principe que les époux étaient régis par la loi du domicile qu'ils avaient lors du mariage, non pas en vertu de la loi, mais en vertu d'une convention tacite. Les effets de la communauté dépendaient donc, non de la loi, mais de la convention. De là, entre autres, cette conséquence que, si des époux se mariaient sous l'empire d'une coutume qui établissait la communauté, ils étaient communs en biens, et cette communauté s'étendait aux biens que les époux acquéraient dans des provinces où la communauté n'était pas admise. Vainement d'Argentré objectait-il que la coutume n'étant qu'une loi locale ne pouvait étendre son empire hors de son territoire. Dumoulin répond que les époux étaient communs, non en vertu de la coutume,

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 10. Troplong, t. I, p. 62, n°s 21 et 22, p. 147, n° 301, et tous les auteurs.

mais en vertu de leurs conventions; or, l'effet des conventions n'est pas limité à un lieu déterminé; elle s'étend à tous les biens, quel que soit le lieu de leur situation.

La question ne se présente plus aujourd'hui de coutume à coutume dans l'intérieur d'un même pays, puisque les coutumes sont abolies. Mais elle a encore de l'intérêt d'un pays à l'autre. Un Français se marie à l'étranger, ou un étranger se marie en France : sous quel régime seront-ils mariés? Les auteurs ne sont pas d'accord et la jurisprudence n'a pas la rigueur qui est si nécessaire dans notre science. La doctrine et les arrêts sont restés attachés à la tradition; on n'a pas réfléchi qu'à bien des égards la tradition avait dépassé le principe qui lui sert de point de départ. Dumoulin et Pothier disent que la communauté résulte de la volonté des époux. De là on concluait que les dispositions des coutumes qui établissaient une communauté entre les époux formaient un statut *personnel;* Pothier dit qu'il est personnel, parce qu'il a pour objet immédiat de régler les conventions que les personnes soumises à la coutume à raison de leur domicile ont faites tacitement (1). Ce principe n'est plus celui du droit moderne. D'abord Pothier a tort de qualifier de statut personnel la loi qui établit le régime de communauté entre époux mariés sans contrat. Le statut personnel est celui qui règle l'état et la capacité des parties contractantes; or, dans la communauté légale ou tacite, il n'est pas question de l'état et de la capacité des époux, tout dépend de leur volonté. Il y a une seconde remarque à faire sur le principe formulé par Pothier. Les époux, dit-il, sont soumis à la coutume par leur domicile et, par suite, ils adoptent tacitement la communauté que cette coutume établit. Aujourd'hui on ne peut plus dire que les hommes sont soumis à une loi par leur domicile, c'est la nationalité qui détermine la loi qui les régit. Nous en avons déjà fait la remarque en traitant des statuts. Il faut donc laisser de côté la conséquence que Pothier déduit du principe de Dumoulin et s'en tenir à ce principe.

(1) Pothier, *De la communauté*, nº 12.

201 Des Français se marient à l'étranger sans faire de contrat. Quel sera leur régime? la communauté légale établie par le code civil, ou le régime établi par la loi du pays où ils célèbrent leur union? Nous répondons, avec Dumoulin, que l'adoption d'un régime dépend de la volonté des parties contractantes; il faut donc voir quelle est leur intention : ils peuvent, selon leur volonté, se soumettre au régime du code civil ou au régime de la loi étrangère. Mais comment peut-on connaître cette intention à défaut de contrat? Nous répondons que c'est une question de fait, comme tout consentement tacite; les juges la décideront d'après les circonstances de la cause. Y a-t-il des faits qui déterminent cette intention? Dans l'ancien droit, on répondait que c'était une question de domicile : les futurs époux avaient-ils l'intention d'établir leur domicile au lieu où ils contractaient mariage, ils se soumettaient par cela même à la loi de ce lieu; avaient-ils l'intention de se fixer ailleurs, c'est la loi du lieu où ils se proposaient de fixer leur domicile qui les régissait (1). En serait-il de même sous l'empire du code? A notre avis, c'est une question de circonstances. Supposons que les Français qui célèbrent leur union à l'étranger y résident depuis longtemps; ils y ont le siége de leurs affaires, ils y jouissent des droits civils : ces faits pourront être invoqués pour en induire la volonté des parties d'adopter une loi qu'elles connaissent, tandis qu'elles ne connaissent peut-être pas la loi française. Mais si les futurs époux viennent seulement d'établir leur résidence à l'étranger, ou si même ils n'y sont que passagers, sans domicile fixe, on ne peut plus dire qu'ils se soumettent à une loi qu'ils ignorent; tandis qu'ils sont présumés connaître la loi française qui les régit, et pour leur capacité et pour les biens qu'ils possèdent en France. Par la même raison il faut admettre qu'alors même que les époux se proposeraient, en se mariant à l'étranger, d'y établir leur domicile, ce fait ne suffirait pas pour prouver que leur intention est de suivre la loi étrangère, car ils ne connaissent pas cette loi; et comment admettre qu'ils veuillent se

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 15 et 16

soumettre à une loi qu'ils ignorent? Dans l'ancien droit, la même difficulté se présentait, les interprètes se tiraient d'embarras par une présomption; on présumait que les époux connaissaient la loi du lieu où ils se proposaient d'établir leur domicile. Mais comment présumer que des Français connaissent les lois étrangères? C'est déjà une fiction en France : la fiction n'aurait aucune base pour les lois d'un autre pays. Nous reviendrons encore sur cette prétendue présomption.

La doctrine est très-peu satisfaisante sur notre question. Il y a des auteurs qui posent comme règle que les Français qui se marient à l'étranger sont *censés* se soumettre au régime de la communauté légale établi par le code civil; puis ils ajoutent, comme exception, que l'on peut admettre, suivant les circonstances, que les époux ont entendu suivre la loi du pays où ils se proposent de fixer leur domicile matrimonial (1). A notre avis, l'exception forme la règle, c'est-à-dire que le régime dépend toujours de l'intention des parties, et cette intention se prouve par les faits et circonstances de la cause. Est-ce que le lieu où les époux se proposent de fixer leur domicile matrimonial est une de ces circonstances? Il faut d'abord voir ce que l'on entend par domicile matrimonial. Nos lois ne connaissent pas cette expression, ce qui rend déjà la chose assez arbitraire. Merlin dit que c'est le domicile où les époux se proposent, en se mariant, de fixer leur domicile (2). Ce serait donc le domicile ordinaire, sauf que, pour le régime des époux, l'on a égard au domicile futur, celui que les époux se proposent de prendre. Comment un domicile qui n'existe pas encore peut-il produire un effet aussi considérable en déterminant le régime sous lequel les époux se sont mariés? Les Français qui se proposent de s'établir en Angleterre connaissent-ils par hasard le droit anglais? et s'ils l'ignorent, peut-on leur supposer l'intention de le suivre? Le domicile matrimonial est une pure fiction, ou, si l'on veut, une présomption à laquelle on

(1) Duranton, t. XIV, p. 96, n° 88. Aubry et Rau, t. V, p. 274 et suiv., notes 1 et 2, § 504 *bis*.
(2) Merlin, *Répertoire* au mot *Loi*, § VI (t. XVIII, p. 431).

avait recours dans l'ancien droit par nécessité, afin d'avoir une règle fixe au milieu de la diversité infinie des coutumes. Les auteurs modernes qui ont emprunté ce principe à l'ancien droit ne restent pas même fidèles à la tradition; ils ne disent pas, comme on le faisait jadis, que le domicile, par lui seul, détermine la loi du mariage : on *pourrait*, disent-ils, l'admettre; cela dépend donc de l'appréciation du juge : on ajoute : d'*après les circonstances*; c'est là, en définitive, l'élément décisif; pourquoi ne pas s'en tenir à ce principe, sauf à s'en rapporter à la décision du juge? Le juge a nécessairement un pouvoir discrétionnaire dès qu'il s'agit de rechercher l'intention des parties contractantes (1).

La jurisprudence incline vers ce principe. Un Français s'était marié à Bruxelles avec une femme belge. L'intention des futurs époux était de s'établir en France. Il fut jugé que le domicile matrimonial devait être considéré comme fixé à Bruxelles. Sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet : la question, dit la cour de cassation, était de nature à être décidée d'après les actes, les faits et les autres circonstances (2). Donc le domicile matrimonial n'est plus décisif, puisque ce domicile peut varier d'après les circonstances de la cause. Merlin avait soutenu que la loi française était la loi du mariage. C'est ce que la cour de cassation dit dans un autre arrêt. Le mari résidait en Espagne avant son mariage, il s'y maria avec une Française; il a été jugé qu'il avait eu la volonté d'établir son domicile matrimonial en Espagne et de se marier sous l'empire de la loi espagnole; la cour de cassation prononça un arrêt de rejet, parce que l'arrêt attaqué s'était fondé, pour le décider ainsi, sur des faits nombreux, sur des faits et des circonstances que le juge avait le droit d'apprécier souverainement (3). On voit que le mot *domicile matrimonial* n'est qu'un mot traditionnel et que le vrai motif de décider est puisé dans les faits et les circonstances de la

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 26, n°s 35 et 36.
(2) Rejet, section civile, 12 germinal an XIII (Merlin, *Répertoire*, au mot *Conventions matrimoniales*, § II (t. VI, p. 435).
(3) Rejet, 29 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Domicile*, n° 20).

cause. Mieux vaudrait laisser là le langage traditionnel, qui n'est fait que pour égarer l'interprète.

Nous disons que la jurisprudence n'a point de principe certain. Deux Français se marient en Irlande; ils y exploitaient un établissement de commerce. Après la mort du mari, la veuve rentra en France, où elle mourut. Un procès s'éleva sur le régime matrimonial des époux. La cour de Metz décida que la solution dépendait du point de savoir si les époux avaient conservé l'esprit de retour, c'est-à-dire s'ils étaient restés Français. Non, ce n'est pas là le principe, c'est une question d'intention, et l'intention des époux pouvait être de suivre la loi anglaise.

202. La difficulté augmente quand un Français se marie à l'étranger avec une étrangère. Doit-on admettre, avec l'ancien droit, que le domicile matrimonial détermine le régime? C'est une question d'intention; mais, dans l'espèce, il peut y avoir deux intentions contraires. La femme, qui ne connaît que la loi de son pays, veut la suivre, tandis que le mari préfère la loi française. Grand est l'embarras. Il ne peut y avoir qu'un régime unique; il faut donc se prononcer soit pour la loi du mari, soit pour celle de la femme. Dans l'ancien droit, on invoquait la présomption du domicile matrimonial. Vainement se prévalait-on de l'ignorance de la femme : la présomption de droit est, dit Merlin, d'après les anciens jurisconsultes, que la femme connaît la loi du mari, car chacun doit connaître la condition de la personne avec qui il contracte. Nous répondons que si l'on est censé connaître la condition, c'est-à-dire l'état et la capacité de celui avec qui l'on contracte, on n'est pas pour cela présumé connaître la loi du domicile que le futur époux a choisi (1).

Il faut laisser là ces présomptions imaginées pour le besoin de la cause. Si l'on suppose qu'il y avait deux intentions contraires, il faut voir laquelle l'a emporté, si la femme a cédé au mari ou si le mari a cédé à la femme. Si les circonstances de la cause n'apprennent rien au juge,

(1) Merlin, *Répertoire*, au mot *Conventions matrimoniales*, § II (t. VI p. 420 et suiv.).

il devra se décider pour la loi du mari; la femme étrangère qui épouse un Français devient Française, elle s'oblige à suivre son mari en France, elle sera régie par les lois françaises; elle abdique donc son droit national et les conséquences que l'on en pourrait tirer; la loi du mari doit, par conséquent, dominer celle de la femme.

Les auteurs sont en désaccord sur notre question. D'après les uns, il faut avoir égard au domicile du mari lors de la célébration du mariage; les autres, à défaut de preuve résultant des circonstances de la cause, s'attachent de préférence au domicile où les futurs époux se proposaient de fixer le siége de leur association conjugale (1). Ce motif de décider est emprunté à l'ancien droit; nous venons de dire les raisons pour lesquelles nous n'admettons pas le principe du domicile matrimonial. La cour de cassation maintient l'expression traditionnelle de *domicile matrimonial* dont dépend le régime des futurs époux; mais elle y attache un autre sens, puisque tout dépend de la volonté des parties et que l'intention s'apprécie d'après les circonstances. Un mariage est célébré à Florence entre un Français et une Italienne. Quel était leur régime? La cour pose en principe que le choix du régime auquel seront soumis les intérêts civils des époux dépend de leur volonté et de celle des personnes qui les assistent s'ils sont mineurs. Puis la cour constate que l'arrêt attaqué a apprécié la volonté des époux d'après les circonstances qui ont accompagné le mariage, et desquelles l'arrêt conclut qu'ils avaient fixé leur domicile matrimonial en Toscane. Qu'est-ce que la cour entend par là? C'est que la volonté des époux et de ceux qui assistaient la mineure avait été de soumettre les intérêts civils des époux aux lois qui existaient en Toscane, c'est-à-dire au droit romain (2). Donc le prétendu domicile matrimonial n'est autre chose que la volonté des parties de se soumettre à telle ou telle loi, volonté que le juge apprécie d'après les faits de la cause.

(1) Voyez, en sens divers, les auteurs cites par Aubry et Rau, t. V, p. 275, note 4.

(2) Cassation, 11 juillet 1855 (Dalloz, 1856. 1. 9). Comparez Aix, 8 novembre 1870 (Dalloz, 1871. 2. 216), et 18 août 1870 (Dalloz, 1872. 5. 123, n° 2).

203. Des étrangers se marient en France. Quel sera leur régime à défaut de contrat? Le principe est toujours le même, car la communauté ne peut résulter que d'une convention expresse ou tacite, et elle peut être adoptée tacitement par des étrangers aussi bien que par des Français. En effet, les conventions matrimoniales n'appartiennent pas au droit civil dans le sens strict du mot; elles sont un accessoire de l'union des personnes et elles présentent le même caractère : les étrangers pouvant se marier en France, il doit leur être permis de se soumettre expressément ou tacitement au régime de communauté; la loi règle ce régime pour tous ceux qui veulent l'adopter, étrangers ou Français. Reste à savoir quelle est l'intention des étrangers. Question de fait, que les juges décideront d'après les circonstances de la cause. Il n'y aurait guère de doute si les futurs époux, ou seulement le mari, avaient établi leur domicile en France avec autorisation du chef de l'Etat; jouissant des droits accordés par la loi française, on doit supposer qu'ils la connaissent; et la connaissant, on admettra facilement qu'ils ont entendu s'y soumettre, puisqu'ils sont établis à demeure en France et devenus Français de fait. Il ne faudrait pas induire de là que l'autorisation est une condition requise pour que les étrangers soient régis par la communauté légale; il n'y a pas de condition, puisqu'il n'y a point de loi. C'est toujours une question de fait. La jurisprudence est en ce sens (1).

Deux Italiens se marient en France sans contrat. L'arrêt constate qu'ils étaient domiciliés à Toulon; de là il conclut que les effets du mariage quant aux biens se règlent par la convention tacite, en vertu de laquelle les futurs époux sont présumés adopter le régime de communauté légale. Cela est trop absolu; le seul domicile ne suffit point, et il n'est pas exact de dire que le domicile entraîne une présomption. Aussi la cour ajoute-t-elle : « alors surtout que d'autres circonstances viennent confirmer cette présomption ». La cour dit que les faits de la cause ne

(1) Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 275 et suiv., § 504 *bis*.

laissent aucun doute sur l'intention des époux d'adopter le régime de communauté; le mari lui-même l'avait reconnu dans plusieurs actes et déclarations émanés de lui après le décès de sa femme (1).

Quand les deux époux n'appartiennent pas à la même nation, il y a une difficulté de plus, mais elle se résout toujours en une question de fait. Un homme de race anglaise, mais d'origine inconnue vint, à sa majorité, s'établir en France; il y conserva pendant de longues années, et sans interruption, une habitation à la ville et des maisons de campagne; il plaça la totalité de sa fortune en rentes françaises, il n'avait jamais eu un établissement en Angleterre. Pour légitimer des enfants naturels, il se maria avec leur mère conformément aux lois françaises. Ses affections comme ses intérêts étaient dans sa patrie d'adoption, tandis qu'en Angleterre il ne connaissait ni lieu de naissance, ni foyer domestique, ni souvenirs de famille. Malgré ces circonstances, le tribunal de la Seine avait décidé que les époux n'étaient pas mariés sous le régime de la communauté française. La cour de Paris fut d'un avis différent. On objectait que le mari n'avait pas établi son domicile en France avec autorisation du roi. Tout ce qui en résulte, dit l'arrêt, c'est qu'il n'y jouissait pas des droits civils. L'intention d'adopter tel ou tel régime est une question de fait et non de droit. Or, le mari avait promis à sa femme de l'épouser sous le régime de communauté; il s'était conformé à la loi française pour donner la légitimité à ses enfants; la probabilité était certes qu'il voulait aussi donner à sa femme les avantages de la communauté (2).

Dans une autre espèce, où il s'agissait également du mariage d'un étranger et d'une Française, la cour de Paris commence par établir en principe que la qualité d'étranger n'empêche pas l'application de l'article 1400. La loi suppose que les époux se sont abstenus volontairement de dresser leurs conventions par écrit, dans l'intention d'adop-

(1) Aix, 24 novembre 1854 (Dalloz, 1857, 2, 43).
(2) Paris, 3 août 1849 (Dalloz, 1849, 2, 182).

ter le régime de droit commun tel qu'il est réglé par le code civil. Pourquoi les étrangers ne pourraient-ils pas former un contrat tacite? Capables de faire toutes les conventions qui dépendent du droit des gens, les étrangers peuvent, en se mariant en France, accepter tacitement le régime de la communauté réglé par la loi, de même qu'ils auraient pu le stipuler explicitement dans un acte. La cour reconnaît que la loi française ne s'applique pas de plein droit aux étrangers; il ne suffit pas qu'ils contractent mariage en France, il faut qu'ils aient manifesté par des faits certains leur volonté de se soumettre à la loi française. Quels sont ces faits? La cour répond que l'établissement d'un domicile en France a toujours été considéré comme la manifestation la plus positive de la volonté de se soumettre aux lois françaises. Ce domicile doit être plus qu'une simple résidence, mais il n'est pas nécessaire qu'il ait été autorisé par le chef de l'Etat en vertu de l'article 13; l'autorisation a pour objet de conférer à l'étranger la jouissance des droits civils; or, ces droits sont étrangers à une convention qui appartient au droit des gens. La cour énumère ensuite les circonstances qui donnent au domicile de l'étranger l'importance qu'il doit avoir pour que l'on en puisse induire l'intention de suivre les lois françaises. Au moment du mariage, le futur époux habitait Paris, où il avait fondé depuis plus de vingt ans un établissement de commerce considérable; il n'avait conservé ni domicile ni résidence dans son pays natal; ayant recueilli dans sa patrie une riche succession, il l'avait réalisée et avait placé ces valeurs en France; lui-même, dans son testament, déclarait à plusieurs reprises qu'il s'était marié sous le régime de communauté. On voit ce que la cour entend par un domicile sérieux : c'est un ensemble de circonstances qui révèlent l'intention de l'étranger de suivre, en se mariant, les lois du pays où il s'est établi (1). Lors donc que des étrangers n'ont en France qu'une résidence temporaire, et qu'au lieu de se marier devant l'officier de l'état civil français, ils quittent le lieu

(1) Paris, 15 décembre 1853 (Dalloz, 1855, 2, 192).

où ils résident pour acquérir le domicile exigé par les lois anglaises de ceux qui veulent célébrer leur union devant un consul anglais, s'ils se marient ensuite devant le consul de leur pays, ces circonstances démontrent l'intention des futurs époux de se marier et de régler leur association conjugale conformément aux lois anglaises (1).

204. Il s'est présenté une difficulté particulière dans cette matière, que le code néglige comme toutes celles qui se rattachent au droit civil international. Un Savoisien s'était marié en France avec une Française sans dresser de contrat de mariage. La cour d'appel, se fondant sur un ensemble de circonstances qui révélaient la volonté commune des époux, avait décidé qu'ils avaient adopté le régime de communauté légale. Pourvoi en cassation, qui fut admis par la chambre des requêtes. Il y avait, dans l'espèce, une circonstance spéciale, c'est que le code civil du royaume de Sardaigne défend de contracter une communauté universelle autre que celle des acquêts. C'était, disait-on, un statut personnel, auquel le futur époux restait soumis en France. La cour de cassation a très-bien jugé que ce statut était réel. En effet, il n'a pas pour objet de régler l'état et la capacité des personnes; il interdit seulement aux futurs époux une espèce de convention relative à certains biens; cela révèle l'esprit de la loi : elle veut que ces biens restent propres aux époux, afin de les conserver dans les familles. C'était donc un statut réel qui régissait les biens que le futur époux pouvait posséder dans les Etats sardes, mais qui n'avait aucun effet en France. Ainsi le Savoisien se trouvait marié sous le régime de communauté, malgré la prohibition de la loi nationale (2).

205. Lorsque le régime des Français mariés à l'étranger ou des étrangers mariés en France est établi, il reste invariable, alors même que les époux établiraient leur domicile dans un autre pays. Dans l'opinion que nous avons enseignée, cela est d'évidence, puisque nous n'ad-

(1) Rejet, 18 août 1873 (Dalloz, 1874, 1, 258).
(2) Rejet, chambre civile, 4 mars 1857 (Dalloz, 1857, 1, 103). Aubry et Rau. t. V, p. 276, § 504 *bis*.

mettons pas le principe du domicile matrimonial. Et cela est admis également dans le système qui règle les conventions matrimoniales d'après le domicile des époux. Quel que soit ce domicile, quelle que soit la nationalité des époux, ils sont soumis au principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales, parce que ce principe, établi dans l'intérêt des tiers, est par cela même d'ordre public; les étrangers y sont soumis aussi bien que les indigènes. La jurisprudence est d'accord sur ce point avec la doctrine (1). Il a été jugé que les conventions matrimoniales restaient telles qu'elles avaient été fixées lors du mariage, quoique les époux se fussent naturalisés pendant leur mariage, soit en France, soit dans un autre pays (2). C'est une conséquence logique de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.

§ IV. *Modalité des conventions matrimoniales.*

206. Les époux peuvent-ils stipuler une communauté à terme? La négative est certaine et admise par tout le monde. Il y a un cas qui est formellement prévu par la loi; elle veut que la communauté commence du jour du mariage, et elle défend de stipuler qu'elle commencera à une autre époque. Donc on ne peut pas convenir que la communauté commencera après un certain laps de temps, un an et jour, par exemple, comme le portaient quelques coutumes. On ne pourrait pas non plus stipuler que la communauté cessera avant l'époque de la dissolution légale. La raison en est simple, c'est que le régime matrimonial, quel qu'il soit, doit commencer avec le mariage, et une fois le mariage célébré, il ne peut plus recevoir aucune modification. Il en serait de même si les époux s'étaient mariés sous l'un des régimes exclusifs de communauté; le principe de l'unité et de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales est général et s'applique, par conséquent, à toute espèce de régimes; MM. Rodière et Pont

(1) Rejet, chambre civile, 30 janvier 1854 (Dalloz, 1854, 2, 61).
(2) Metz, 9 juin 1852 (Dalloz, 1852, 2, 190). Aubry et Rau, t. V, p. 276, § 504 *bis*.

sont d'un avis différent (1); nous croyons inutile de discuter des questions qui sont décidées par le texte et par l'esprit de la loi, surtout quand il s'agit de difficultés de théorie que l'on n'agite qu'à l'école et que la vie réelle ignorera toujours.

207. Telle est aussi la question de savoir si l'on peut stipuler la communauté sous condition. Elle est vivement controversée dans le domaine de la doctrine, mais nous doutons fort qu'il y ait jamais eu des conventions matrimoniales faites sous condition, soit suspensive, soit résolutoire. Toutefois, nous sommes obligé de dire notre avis, ne fût-ce que par respect pour les auteurs qui ont discuté la difficulté.

Si l'on s'en tient aux principes qui régissent la condition, il faut décider, comme le font la plupart des auteurs, que les époux peuvent consentir un régime quelconque sous condition. C'est le droit commun pour tout contrat; il faut donc voir si la loi déroge au droit commun en matière de conventions matrimoniales. Elle établit comme règle l'unité du régime et son irrévocabilité. Cette règle est très-compatible, dit-on, avec un régime conditionnel; en effet, la condition a un effet rétroactif, donc le régime quel qu'il soit, existera dès le jour de la célébration du mariage; l'unité et l'irrévocabilité du régime sont, par conséquent, respectées. Nous répondons que si la lettre de la loi, en ce qui concerne les conditions, est respectée, on viole l'esprit de la loi, en ce qui concerne les conventions matrimoniales. Constatons d'abord qu'il y a une différence considérable entre un contrat ordinaire fait sous condition et des conventions matrimoniales conditionnelles. Quand une vente est faite sous condition suspensive, les effets du contrat sont en suspens; on peut dire, en un certain sens, qu'il n'y a point de vente, et régulièrement les parties contractantes resteront dans l'inaction jusqu'à ce qu'elles sachent s'il y a vente ou non; il est vrai que le vendeur et l'acheteur peuvent faire l'un et l'autre des actes de disposition dont l'effet restera incer-

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 77, n° 92. En sens contraire, Marcadé, t. V, p. 441, n° 4, de l'article 1399.

tain, tant que la condition sera en suspens ; mais rien ne les force à faire ces actes, et il sera très-rare qu'ils les fassent, les tiers se refusant à contracter avec un propriétaire conditionnel. Lors donc que la condition s'accomplit, la rétroactivité sera d'ordinaire sans inconvénient, elle ne résoudra rien, puisque rien n'aura été fait. Il n'en est pas de même du régime matrimonial stipulé sous condition. Pourquoi la loi veut-elle qu'il y ait un régime dès l'instant où le mariage est célébré? C'est nécessité. Les besoins du mariage et mille causes forcent les époux à contracter, il faut donc qu'ils aient un régime quelconque, afin que les tiers sachent quels droits ils auront contre la femme et contre le mari. Or, si le régime est conditionnel, tout sera dans l'incertitude. Traitera-t-on? Les actes pourront être résolus. A ces conditions, personne ne voudra contracter avec les époux, et cependant ils sont forcés de contracter. Que s'ils traitent, malgré l'incertitude qui tient en suspens l'effet de leurs conventions, de longues relations se trouveront bouleversées par l'événement de la condition. Nous demandons si c'est là ce que la loi a voulu en établissant l'unité du régime matrimonial?

L'esprit de la loi est violé. Si, de droit, il n'y a qu'un régime par suite de la rétroactivité de la condition, de fait il y en aura deux ; or, le fait est ici d'une importance capitale, parce qu'il réagit sur le droit. Les époux stipulent le régime dotal sous condition. Pendant que la condition sera en suspens, resteront-ils sans régime? Cela est impossible et contraire à la loi qui veut des conventions matrimoniales antérieures au mariage, ou la communauté tacite et légale à partir de la célébration de l'union conjugale (art. 1394 et 1399). Quel sera ce régime? Il n'y en a pas d'autre que le régime de la communauté, qui est le régime de droit commun en l'absence de conventions ; or, tant que la condition est en suspens, il n'y a pas de conventions matrimoniales. Voilà donc la femme libre de s'obliger et d'engager ses biens ; elle peut aliéner, hypothéquer ses immeubles. La loi l'y autorise, elle doit donc maintenir les actes faits d'après ses dispositions. Mais si les époux ont trouvé bon de stipuler le régime dotal sous condition,

et que la condition se réalise, elle rétroagit. Voilà les époux mariés sous le régime dotal à partir de leur union, et, par suite, il y aura eu, de fait, deux régimes essentiellement différents. D'abord le régime de communauté; il a eu plus qu'une existence de fait, puisque la loi déclare les époux mariés en communauté, tant que la condition qui affectait leur contrat reste en suspens. Et néanmoins tout ce que la femme aura fait conformément à la loi sera nul : aliénations, hypothèques, obligations. Dira-t-on que les tiers se garderont bien de traiter, sachant que le régime dotal peut venir défaire ce qui aura été fait légitimement en vertu de la communauté légale. Nous répondons que ce résultat est également contraire à l'esprit de la loi; car si elle veut qu'il y ait un régime à partir du mariage, c'est précisément pour que les tiers puissent traiter en toute sécurité avec les époux et que ceux-ci trouvent des tiers qui veuillent traiter avec eux (1).

Nous nous bornons à ce débat théorique, sans discuter les diverses hypothèses que font les auteurs. A quoi bon? La pratique les ignore. Il paraît cependant qu'en Alsace, il y a une convention conditionnelle très-usitée, mais sur laquelle il n'est encore intervenu aucune décision judiciaire. Seulement la cour de Colmar l'a considérée implicitement comme valable en l'appliquant; la validité n'était pas contestée au point de vue de la condition. Le contrat stipulait que les époux seraient soumis au régime de la communauté d'acquêts jusqu'au jour où ils seraient complétement investis de la succession de leurs père et mère, et à partir de ce moment au régime de la communauté universelle avec rétroactivité au jour du mariage (2).

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 73, n° 89; Bellot des Minières, t. III, p. 4; Marcadé, t. V, p. 438, n° II de l'article 1399; Troplong, t. I, p. 154, n° 332; Massé et Vergé sur Zachariæ, t. IV, p. 64, note 5. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 269, note 9, et les auteurs qu'ils citent; il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 36 et suiv., n°s 16 *bis* II, III et IV.

(2) Colmar, 8 mars 1864 (Dalloz, 1864, 2, 85).

§ V. *Quand commence la communauté?*

208. L'article 1399 porte : « La communauté, soit légale, soit conventionnelle, commence du jour du mariage contracté devant l'officier de l'état civil; on ne peut stipuler qu'elle commence à une autre époque. » Cette disposition déroge aux coutumes; les plus anciennes ne faisaient commencer la communauté qu'au coucher, d'autres après un an et jour. Le code a suivi l'opinion de Pothier, qui est si simple et si juridique que l'on ne conçoit pas que des coutumes contraires aient pu s'établir. Entre qui la communauté a-t-elle lieu? Entre époux; donc elle est une suite du mariage, et elle doit exister dès que le mariage est célébré (1).

209. L'article 1399 a donné lieu à une légère difficulté; il dit que la communauté commence du jour du mariage. Est-ce à dire qu'elle commence avant l'instant où l'officier de l'état civil prononce l'union des époux? On pourrait le soutenir en s'attachant à la lettre de la loi, mais ce serait lui donner un sens contraire à la raison et aux principes. Peut-il y avoir une communauté entre époux avant qu'il y ait des époux? L'effet peut-il précéder la cause? Quant au texte, il ne dit pas ce qu'on lui fait dire; le seul but du législateur a été d'abroger les anciennes coutumes; c'est donc comme si la loi disait : la communauté ne commencera plus le lendemain du mariage, ni après l'an et jour, elle commencera avec le mariage. Si la loi n'a pas précisé le moment, c'est que le bon sens suffisait pour décider que la société des biens commence avec la société des personnes (2).

PREMIÈRE PARTIE. — DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

SECTION I. — De l'actif de la communauté.

210. La communauté se compose activement du mobilier présent et futur des époux, des fruits provenant des

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 22 et 23.
(2) Duranton, t. XIV, p. 101, no 95.

biens qui leur restent propres et des immeubles qu'ils acquièrent pendant le mariage (art. 1401). En quel sens faut-il entendre cette disposition? Est-ce une aliénation au profit d'une personne fictive qui s'appelle communauté? ou est-ce une simple mise en commun des choses qui entrent dans la société formée par les époux? Rien dans le texte de la loi n'indique une aliénation qui serait faite à une personne civile. La loi dit de quoi se compose l'actif de la communauté, elle parle des biens qui *tombent* dans la communauté ou qui y entrent; c'est le langage qui marque la composition d'une société de biens. La mise dans une société implique une aliénation, en ce sens que l'associé ne conserve que sa part sociale dans la propriété de la chose qu'il met dans la société, et il acquiert la même part dans les biens qu'y mettent ses coassociés. Il en serait autrement si la communauté formait une personne civile; celle-ci serait propriétaire de tout l'actif social, les époux n'y auraient plus aucune part jusqu'à la dissolution et au partage, et ils ne deviendraient propriétaires qu'à partir de la dissolution. Le code ne dit pas qu'il en soit ainsi et aucune disposition ne l'implique.

Quant aux immeubles acquis pendant le mariage, l'effet de l'acquisition est très-simple, peu importe qui figure au contrat; d'ordinaire le mari seul est acheteur, mais il achète comme chef de la communauté; donc ce sont deux associés qui achètent et, par suite, l'immeuble leur appartient en commun et par indivis. Quant aux fruits, nous dirons plus loin si la jouissance de la communauté implique une aliénation. Restent les meubles présents et futurs des conjoints. On dit d'ordinaire que les époux aliènent leur fortune mobilière au profit de la communauté. La loi ne le dit pas en termes formels. Il faut donc voir si cette doctrine est nécessaire pour expliquer les dispositions du code concernant les effets de la mise en commun du mobilier de chacun des époux. Le mari peut disposer du mobilier de la femme comme d'un bien de la communauté (art. 1421); la femme n'en peut plus disposer, elle ne le reprend pas comme bien propre, à la dissolution de la communauté, son mobilier est confondu dans la masse

commune et partagé si la femme accepte; si elle renonce, elle perd tout droit sur le mobilier qui est entré, de son chef, dans la communauté; la femme peut donc perdre tout son mobilier. Est-ce que cet effet de la mise en commun du mobilier des époux ne peut s'expliquer que par la supposition d'une personne civile au profit de laquelle le mobilier est aliéné? Les principes particuliers qui régissent la communauté expliquent suffisamment les effets que nous venons d'énumérer, sans que l'on doive supposer l'existence d'une personne civile. Le mobilier des époux mis en commun appartient par indivis aux deux époux. Cette copropriété ne donne aucun droit actuel à la femme; nous avons cité (n° 197) le mot de Dumoulin : la femme n'est pas associée, elle espère de l'être. C'est dire que, pendant la durée de la communauté, le pouvoir du mari absorbe le droit de la femme; voilà pourquoi le mari peut disposer du mobilier de la femme, tandis que celle-ci perd tout droit de disposition. C'est pour la même raison que la femme renonçante perd tout droit sur son mobilier; le droit de renoncer est un privilége que la loi accorde à la femme parce qu'elle est exclue de la gestion des intérêts communs, donc à raison du pouvoir absolu du mari; en renonçant, la femme abdique sa qualité de femme commune; la conséquence doit être qu'elle perd tout droit sur les biens mis en commun.

211. La mise en commun du mobilier des époux a encore un autre effet : le mobilier de la femme devient le gage des créanciers de la communauté, tandis que les créanciers qui n'ont d'action que sur les biens de la femme ne peuvent pas saisir le mobilier qui de son chef est entré en communauté. Tels sont les créanciers antérieurs au mariage quand les dettes n'ont pas de date certaine de leur antériorité; ces dettes ne tombent pas dans le passif de la communauté, les créanciers peuvent seulement poursuivre la femme sur ses biens, c'est-à-dire sur les biens qui lui restent propres; donc ils ne peuvent pas exercer leurs droits sur le mobilier de la femme. Quelle en est la raison? On répond d'ordinaire que les créanciers n'ont de droit que sur les biens qui appartiennent à leur débiteur

lors de la poursuite; or, à ce moment, le mobilier de la femme ne lui appartient plus, elle l'a aliéné au profit de la communauté. Cela suppose que la communauté est une personne morale distincte des époux. Mais on peut aussi expliquer cet effet de la communauté par la théorie de l'indivision, sans recourir à la fiction d'une personnification. Au premier abord, on pourrait croire le contraire : la femme est copropriétaire des biens communs; pourquoi ses créanciers n'ont-ils pas le droit de saisir sa part indivise, ce qui leur donnerait action sur le mobilier du mari et de la femme? Ils n'ont pas ce droit, parce que les principes particuliers qui régissent la communauté s'y opposent. Le mobilier de la femme est, pendant la communauté, la propriété du mari; il en a la disposition absolue, la femme n'y a aucun droit; cela exclut toute action des créanciers. Donc on n'a pas besoin de supposer que la communauté est une personne civile à qui la femme aliène son mobilier, pour expliquer les effets que la communauté produit quant aux droits des créanciers; le principe traditionnel suffit : le mari est seigneur et maître, donc la femme et ses créanciers sont sans droit.

Il en est de même des dettes contractées par la femme avec autorisation de justice. Les créanciers n'ont aucune action sur le mobilier qui est entré en communauté du chef de la femme. Est-ce parce que ce mobilier est devenu la propriété d'une personne civile? On peut l'expliquer ainsi, mais la loi ne le dit pas, et la théorie traditionnelle suffit pour expliquer cet effet de la communauté. Les biens communs sont dans le domaine du mari, la femme, quoique associée, n'y a aucun droit tant que la société dure; or, la justice ne peut autoriser la femme à s'obliger que sur les biens qui sont dans son domaine. Cela décide la question sans qu'il faille recourir à une fiction que la tradition ignore et que le texte du code ne consacre point.

Il se présente encore d'autres difficultés concernant les droits respectifs des créanciers de la communauté et des créanciers de chacun des époux. Nous y reviendrons en traitant du passif de la communauté.

ARTICLE 1er. Des biens qui entrent en communauté.

§ Ier. *Du mobilier des époux.*

Nº 1. PRINCIPE.

212. Aux termes de l'article 1401, « la communauté se compose activement : 1° de tout le mobilier que les époux possédaient au jour de la célébration du mariage, ensemble de tout le mobilier qui leur échoit pendant le mariage à titre de succession ou même de donation ». Le code ne dit rien du mobilier que les époux peuvent acquérir, pendant le mariage, à un autre titre. Il est cependant de principe que le mobilier futur entre en communauté, à quelque titre que les époux l'aient acquis. Ce principe se fonde d'abord sur la tradition. Pothier enseigne comme un point non douteux que la communauté comprend tant les biens meubles qui appartiennent à chacun des conjoints lors du mariage, que ceux acquis depuis, et il ne distingue pas à quel titre l'acquisition se fait (1). Les auteurs du code ont maintenu le système traditionnel en ce qui concerne la composition active de la communauté ; cela a été décidé par le conseil d'Etat ; et Tronchet a dit, lors de la discussion, que la communauté comprenait tout le patrimoine des époux dans le cas très-fréquent où ils ne possèdent que des objets mobiliers (2). Berlier s'est expliqué dans le même sens en exposant les motifs de notre titre : « Les meubles étaient régis diversement par les diverses coutumes ; ainsi, dans plusieurs, la communauté ne profitait que des meubles existants lors du mariage, tandis qu'ailleurs on ne faisait nulle distinction entre les meubles existant lors du mariage et ceux qui échéaient pendant son cours. Notre projet a adopté cette dernière vue : la communauté embrasse, outre les acquêts, les meubles respectifs des époux *présents et futurs* (3). » Pourquoi le code ne s'exprime-t-il

(1) Pothier, *De la communauté*, nº 26.
(2) Séance du conseil d'Etat du 13 vendémiaire an XII, nº 5 (Locré, t. VI, p. 353).
(3) Berlier, *Exposé des motifs*, nº 13 (Locré, t. VI, p. 391).

pas comme l'orateur du gouvernement? On ne le sait, mais la pensée du législateur n'est pas douteuse. Les meubles futurs se composent ou de choses acquises à titre gratuit, succession, legs et donation, ou de choses acquises à un autre titre, d'ordinaire par achat; le code ne parle que de la première espèce d'objets mobiliers, sans doute parce que c'étaient les seuls pour lesquels il pût y avoir doute; le titre des époux à ces biens étant personnel, on aurait pu en conclure qu'ils sont exclus de la communauté; quant aux meubles acquis à titre onéreux, il ne pouvait y avoir de doute : les acquêts immobiliers entrent en communauté, à plus forte raison les acquêts mobiliers y doivent-ils entrer. Et, comme Pothier l'a remarqué, la communauté comprenant passivement les dettes mobilières présentes et futures, elle doit aussi comprendre l'actif mobilier présent et futur. Toutefois il eût été plus exact de le dire, car la communauté comprend non-seulement les objets mobiliers acquis à titre onéreux, tout le mobilier futur y entre, on ne distingue pas à quel titre il a été acquis; de même que le mobilier présent entre dans l'actif, à quelque titre que les époux en soient devenus propriétaires (1).

213 Qu'entend-on par mobilier? L'expression a un sens technique; elle comprend généralement, dit l'article 535, tout ce qui est censé meuble, d'après les règles que le code établit au chapitre II du titre *De la distinction des biens*. Nous renvoyons à l'explication du livre II.

Il y a des meubles par leur nature, d'autres le sont par la détermination de la loi (art. 527). Ces derniers sont les plus nombreux et généralement les plus importants. Tels sont les droits mobiliers énumérés par l'article 529. Pothier dit, et cela n'est pas douteux, que les créances ne laissent pas d'être des droits mobiliers, quoiqu'elles soient garanties par une hypothèque. Il est vrai que l'hypothèque est considérée par notre loi hypothécaire comme un droit immobilier; mais le droit d'hypothèque n'étant qu'un accessoire de la créance à laquelle il est attaché, lorsque cette créance est par elle-même mobilière, le droit d'hypothèque ne peut

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 47, nos 41 *bis* I et III. Aubry et Rau, t. V, p. 282, note 2, § 507, et tous les auteurs.

pas la rendre immobilière, car ce n'est pas de la chose accessoire que la chose principale doit suivre la nature; c'est, au contraire, l'accessoire qui suit la chose principale. D'où il suit que les créances mobilières, quoique hypothécaires, entrent en communauté (1).

214. Dans l'ancien droit, les rentes étaient généralement immobilières et, comme telles, exclues de la communauté. Cela se conçoit pour les rentes foncières; elles étaient considérées comme un démembrement de l'héritage que le crédirentier aliénait, à charge de rente; c'étaient donc des droits immobiliers. La coutume de Paris *réputait* aussi immeubles les rentes constituées à prix d'argent. C'était une fiction; ces rentes sont une créance personnelle due par le débiteur, et non pas un fonds, elles sont donc mobilières de leur nature. Pourquoi la coutume les *réputait-elle* immobilières? On disait que les rentes ne consistant pas simplement dans la créance des arrérages. Les arrérages ne sont que le produit de la rente; la rente est donc un être moral produisant un revenu annuel et perpétuel; sous ce rapport, il ressemble aux immeubles et doit, par conséquent, être exclu de la communauté (2). C'était une assez mauvaise raison; le vrai motif était que les rentes étaient le seul placement de capitaux qui fût licite, le prêt à intérêt étant prohibé comme usure; les rentes formaient donc souvent toute la fortune des époux; or, la tendance de l'ancien droit était de conserver les biens dans les familles; de là l'immobilisation des rentes constituées.

La section de législation avait proposé de maintenir le droit traditionnel. On invoquait, à l'appui de la proposition, l'importance qu'avaient les rentes, ce qui les assimilait aux immeubles. On ajoutait que la raison pour laquelle on avait fait entrer les meubles en communauté n'existait pas pour les rentes; il est difficile de distinguer à qui appartiennent les objets mobiliers quand ils ont été confondus pendant un long laps de temps, tandis que les rentes reposent sur un titre qui en fait connaître le pro-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 76.
(2) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 81.

priétaire. Tronchet, qui avait fait valoir ces motifs, finit par proposer de laisser les rentes dans le droit commun; le code les range parmi les meubles (art. 529), donc elles doivent entrer en communauté. On ne peut plus dire que les rentes forment une partie considérable de la fortune des particuliers; depuis que le prêt à intérêt est permis, l'usage des rentes constituées est presque entièrement tombé; il n'en existe presque pas d'autres que les rentes sur l'Etat, et celles-là peuvent être immobilisées, comme nous le dirons plus loin. Tronchet ajoutait que les époux qui possédaient des rentes considérables étaient libres de les excepter de la communauté. L'exception fut rejetée par le conseil d'Etat (1).

215. Les rentes viagères étaient aussi réputées immeubles dans l'ancien droit. Il fallait une double fiction pour les immobiliser. On ne pouvait pas dire, comme pour les rentes constituées, que les arrérages ne diminuaient pas l'intégrité du droit, lequel, restant toujours entier, produisait chaque année et à perpétuité un revenu semblable aux fruits des fonds de terre, car les rentes viagères se consomment à mesure que les arrérages se perçoivent. On imagina une fiction, un être moral distinct des arrérages. Toujours est-il que cet être moral n'est pas perpétuel comme les immeubles, il périt avec la vie du crédirentier (2). Le désir de conserver les biens dans les familles l'emporta sur ces objections. D'après le code civil, les rentes viagères sont placées sur la même ligne que les rentes perpétuelles, toutes sont déclarées meubles par la détermination de la loi.

Toullier a essayé d'établir que les rentes viagères n'entraient pas en communauté, parce que c'est un droit essentiellement attaché à la personne du crédirentier. Nous dirons plus loin que cela est vrai de certaines rentes, de celles qui sont constituées à titre gratuit pour aliments. C'est une exception à la règle. La règle est donc que les rentes viagères conservent leur nature mobilière, et elles ne sont pas attachées à la personne, puisqu'elles peuvent

(1) Séance du 13 vendémiaire an XII, nº 7 (Locré, t. VI, p. 354).
(2) Pothier, *De la communauté*, nº 96.



être cédées, elles peuvent être saisies par les créanciers. Vainement dit-on que celui qui stipule une rente viagère n'a en vue que son intérêt personnel; il est certain qu'il n'agit point dans l'intérêt de ses héritiers, qu'il dépouille, au contraire. Mais l'époux à qui elle appartient peut néanmoins l'aliéner, donc il peut aussi la mettre en commun dans une société; il le stipule tacitement en s'en rapportant au droit commun; or, d'après le droit commun, la rente viagère est mobilière, et tout objet mobilier entre en communauté (1).

On a soutenu la théorie de Toullier devant la cour de cassation. La cour l'a rejetée; en droit, il suffit de citer les articles 529 et 1401; et, quant au caractère personnel de la rente, l'arrêt dit très-bien qu'en matière de communauté tout dépend du point de savoir si la rente peut être aliénée; or, cela n'est pas douteux, et cela décide la question, soit que l'on considère l'actif social comme appartenant à une personne morale en vertu d'une aliénation, soit que l'on y voie une simple indivision (2).

216. Le mobilier futur entre en communauté, à quelque titre qu'il ait été acquis. Si c'est à titre onéreux, il forme un acquêt mobilier, et on applique les principes qui régissent les acquêts proprement dits. Une femme prétendait, lors de la liquidation de la communauté, se faire attribuer exclusivement l'argenterie comme l'ayant achetée de ses deniers; le procès fut poursuivi jusque devant la cour de cassation. Il va de soi que la prétention de la femme fut rejetée. Les biens que les époux acquièrent pendant le mariage entrent dans la communauté, parce que la loi suppose qu'ils sont achetés des deniers communs. Si l'un des époux a des deniers propres, peut-il les convertir en immeubles propres? Oui, dans l'opinion commune; non, dans notre opinion. Nous reviendrons sur ce point en traitant du remploi. La loi ne parle pas d'un remploi mobilier; en tout cas, il ne peut y en avoir, quand un objet mobilier est

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 110, n° 110. Zachariæ seul a suivi cette opinion. Voyez, en sens contraire, Duveyrier sur Toullier, p. 119, note *a*, et tous les auteurs.

(2) Rejet, 30 avril 1862 (Dalloz, 1862, 1, 522).

acheté avec des deniers propres à l'un des époux ; ces deniers, comme chose consomptible, appartiennent à la communauté ; c'est par fiction que la loi admet un remploi, cette fiction est étrangère à l'achat de choses mobilières fait par la femme avec des deniers qui lui sont propres ; donc ces choses restent dans le droit commun et deviennent un acquêt (1).

217. Quant aux objets mobiliers acquis à titre gratuit, l'article 1401 porte que la communauté comprend le mobilier qui échoit aux époux pendant le mariage à titre de succession, ou *même* de donation. La loi semble considérer la donation comme un titre plus personnel que la succession. Cela n'est pas exact, du moins tel n'est pas l'esprit de l'ancien droit : Dieu fait les héritiers, donc c'est là un droit inhérent à la personnalité humaine ; si les coutumes avaient été logiques, elles auraient exclu de la communauté les successions mobilières ; et si elles ne l'ont pas fait, c'est qu'à l'époque où la communauté s'établit les valeurs mobilières n'avaient aucune importance.

Des donations on pourrait dire qu'elles sont faites par affection personnelle pour le donataire et ne doivent, par conséquent, profiter qu'à lui. Si elles entrent en communauté, c'est comme conséquence du principe juridique qui y fait entrer tout le mobilier présent et futur. La loi tient cependant compte des sentiments du donateur, en lui permettant de donner à condition que la chose donnée n'entrera pas en communauté (art. 1401, 1°).

La loi ne parle pas des legs ; ils sont compris sous l'expression générale de *donations*, le legs étant aussi une espèce de donation. Il a été jugé que le legs d'une rente viagère fait à l'un des époux tombe en communauté, à moins que le testateur n'ait exprimé une volonté contraire. Nous reviendrons sur l'exception que la cour a admise, dans l'espèce, en se fondant sur les circonstances de la cause (2).

218. Les rentes viagères constituées par les époux ou

(1) Cassation, 22 mars 1853 (Dalloz, 1853, 1, 102).
(2) Gand, 2 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 66).

par l'un d'eux soulèvent des difficultés très-sérieuses (1). Il y a un cas dans lequel tout le monde est d'accord. On suppose que la rente a été constituées sur la tête des deux époux, ou sur celle de l'un d'eux seulement, sans qu'elle soit stipulée réversible sur la tête du survivant. Il y a lieu d'appliquer le droit commun, d'après lequel tout droit mobilier acquis pendant le mariage, soit par les deux époux, soit par l'un d'eux, entre dans l'actif de la communauté. On pourrait objecter qu'il faut consulter l'intention des époux; en stipulant une rente viagère à leur profit ou au profit de l'un d'eux, ne peuvent-ils pas avoir l'intention de la rendre propre à chacun pour moitié, ou à l'un d'eux pour le tout? Qu'importe même que la rente soit constituée avec les deniers de la communauté? L'article 1437 admet que les époux peuvent emprunter à la communauté, sauf récompense, dans l'intérêt de leurs propres. Oui, quand les époux ont des propres; mais ils ne peuvent pas, pendant la durée de la communauté, se créer un propre en faisant une acquisition qui leur soit personnelle; l'article 1437 ne dit pas cela, et il n'aurait pu le dire sans se mettre en opposition avec un principe fondamental du régime de communauté, comme de tout régime, le principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales. Que dit l'article 1404, tel qu'il est universellement interprété? Que le mobilier acquis pendant le mariage entre dans l'actif de la communauté. Voilà une convention matrimoniale qui ne peut pas être changée. Il n'est donc pas permis aux époux de transformer en propre un bien que le contrat des époux déclare bien de communauté. Or, tel serait l'effet de la constitution de rente si les époux pouvaient stipuler qu'elle leur restera propre pour moitié, ou pour le tout à l'un d'eux. Cela est décisif. La doctrine et la jurisprudence sont d'accord (2).

219. Que faut-il décider si la rente a été stipulée réversible sur la tête et au profit de l'époux survivant? A notre avis, la décision est la même, parce que les motifs

(1) Voyez une Dissertation de Mourlon dans le *Recueil périodique* de Dalloz, 1865, 2, 73, note.
(2) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 283, note 9, § 507, et dans la Dissertation de Mourlon (Dalloz, 1865, 2, 74, note).

sont identiques. La rente acquise pendant le mariage est un bien de communauté, donc il fait partie de la masse qui doit être partagée lors de la dissolution de la société conjugale; si on l'en distrayait pour la rendre propre à l'époux survivant, on transformerait en propre un bien de communauté; on violerait donc la règle de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.

On a essayé de concilier la volonté des constituants, qui paraît être d'assurer la rente pour le tout au survivant, avec les principes qui demandent que la rente soit comprise dans l'actif de la communauté et partagée entre le survivant et les héritiers de l'époux prédécédé; le survivant, dit-on, aura droit à la rente entière, mais à charge de récompense envers la communauté (1). Nous croyons que MM. Aubry et Rau ont eu raison d'abandonner cette opinion qu'ils avaient enseignée dans leurs premières éditions. Il est vrai que les époux doivent récompense à la communauté du profit personnel qu'ils en retirent. Mais cela suppose que ce profit est légitime. Or, c'est précisément là la difficulté. Est-il permis de stipuler qu'un bien de communauté sera propre à l'un des époux? Non, donc le système croule par sa base. Il faut ajouter qu'il ne donne pas même satisfaction à la volonté des parties contractantes qui, on le suppose, ont voulu attribuer la rente au survivant. En effet, celui-ci prend la moitié de la rente comme époux commun en biens et il prend l'autre moitié en vertu de la stipulation de réversibilité; mais à quoi lui profitera cette clause? A rien, puisqu'il doit rendre, à titre d'indemnité, aux héritiers de son conjoint la moitié des arrérages de chaque année à compter du décès.

On donne une autre interprétation à la clause de réversibilité. La plupart des auteurs reconnaissent que la rente constitue un bien de communauté, mais, d'après eux, elle ne sera pas comprise dans la masse partageable : le sur-

(1) C'est l'opinion de Pont, *Petits contrats*, t. I, n° 701. MM. Aubry et Rau, qui avaient adopté cette opinion dans leurs premières éditions, l'ont abandonnée dans la dernière (t. V, p. 283, note 9). Il y a des arrêts en ce sens (Mourlon, Dissertation, dans Dalloz, 1875, 2, 74).

vivant seul y aura droit, sans récompense (1). Cette opinion conduit à une singulière anomalie : c'est que la rente serait tout ensemble un bien de communauté et un propre. Cela est impossible ; si la rente est un bien de communauté, elle doit être comprise dans le partage ; vainement invoque-t-on l'acte constitutif de la rente, les parties contractantes n'ont pas le droit de transformer un acquêt en propre.

On a proposé une autre interprétation de la clause de réversibilité : c'est, dit-on, une donation éventuelle que les époux se font l'un à l'autre (2). Cette opinion se concilie avec l'irrévocabilité des conventions matrimoniales ; en effet, ce principe ne s'oppose pas à ce que les époux disposent des choses communes (n°s 67 et 72). Reste à savoir s'il est vrai que la clause contienne une libéralité. Le contrat est aléatoire ; or, un contrat aléatoire n'est pas une donation, c'est un acte à titre onéreux, donc on reste sous l'empire du droit commun : c'est-à-dire que les époux veulent transformer en propre un bien de communauté, ce qu'ils n'ont pas le droit de faire.

Notre conclusion est que, malgré la clause de réversibilité, la rente sera bien de communauté et comprise dans la masse partageable. C'est dire que la clause n'aura aucun effet au profit du survivant, parce qu'elle est contraire au principe de l'irrévocabilité des conventions matrimoniales (3).

220. Les droits mobiliers tombent en communauté, alors même qu'ils sont affectés d'une condition. En principe, cela ne fait aucun doute : la condition ne change pas la nature du droit, et dès que le droit est mobilier, il entre en communauté. En fait, il se peut que la condition ne s'accomplisse qu'après la dissolution de la communauté ; peu importe. La rétroactivité de la condition répond à cette difficulté : la condition rétroagissant, le droit existe

(1) C'est l'opinion de Duranton, de Troplong, de Massé et Vergé sur Zachariæ (voyez les citations dans Dalloz, 1865, 2, 75). Comparez Besançon, 23 mai 1871 (Dalloz, 1872, 2, 215).

(2) Labbé, dans le *Journal du Palais*, 1865, t. I, p. 85. En sens contraire, Mourlon, Dissertation précitée, note 1.

(3) C'est l'opinion de Mourlon et d'Aubry et Rau (édit. de 1872).

du jour où il est né, par conséquent avant le mariage ou pendant le mariage. Telle serait la vente d'un immeuble faite par l'un des époux avant son mariage, sous condition suspensive; la condition vient à s'accomplir après la dissolution du mariage, le prix tombera néanmoins en communauté; car il était dû à l'époux lors de son mariage, puisque, par l'effet de la rétroactivité de la condition, la vente existe du jour où elle a été contractée, et non du jour où la condition s'accomplit (1).

221. Les obligations de faire sont-elles mobilières? Il n'y a aucun doute quand l'obligation a pour objet une chose mobilière. La question est controversée lorsque le débiteur s'est obligé à prester un immeuble. Nous l'avons examinée au second livre, en la décidant affirmativement (t. V, n° 495). Le droit du créancier est donc mobilier et entre en communauté (2).

222. Par application de ce principe. Pothier range le droit de bail parmi les droits mobiliers qui tombent en communauté. En effet, le fermier a contre le bailleur un droit de créance pour qu'il le fasse jouir de l'héritage loué. Son droit n'est pas un droit dans la chose, un de ces droits réels qui démembrent la propriété et qui sont immobiliers quand la chose dans laquelle ils s'exercent est immobilière. Le bailleur n'aliène aucune portion de l'immeuble, il s'oblige seulement à faire jouir le preneur. Pothier invoque une loi romaine qui décide que l'acheteur n'est pas tenu d'entretenir le bail, qu'il peut expulser le fermier (3). Sur ce point, le code déroge au droit romain; aux termes de l'article 1743, si le bailleur vend la chose louée, l'acquéreur ne peut expulser le fermier ou le locataire qui a un bail authentique ou dont la date est certaine. Troplong, se prévalant de cette innovation, a soutenu que la nature du droit de bail a changé et que, de personnel qu'il était, il est devenu réel. Le paradoxe n'a pas trouvé faveur, l'auteur s'en plaint avec quelque amertume dans son traité du *Contrat de mariage* (n° 402) : « Son opinion,

(1) Duranton, t. XIV, p. 124, n° 109, et tous les auteurs.
(2) En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 317, n° 391.
(3) Pothier, *Du contrat de mariage*, n° 74.

dit-il, rencontre encore beaucoup d'esprits récalcitrants; mais quand le temps aura mûri cette question, on s'étonnera qu'une idée aussi simple ait eu tant de peine à vaincre la routine. » Ce que Troplong appelle *routine* était une vérité évidente aux yeux de Duranton, et le reproche d'être des routiniers n'a pas empêché MM. Rodière et Pont de maintenir la doctrine traditionnelle comme *évidente* (1); nous dirons, au titre du *Louage*, que telle est l'opinion généralement enseignée par les auteurs et consacrée par la jurisprudence.

223. L'article 529, qui énumère les droits mobiliers, ne parle que des droits de créance. Il y a aussi des droits réels qui sont mobiliers. Le droit de propriété qui s'exerce dans une chose mobilière est un droit mobilier; tel serait le droit de l'un des conjoints dans une succession mobilière. L'usufruit est également un droit mobilier quand il porte sur des choses mobilières et, comme tel, il tombe en communauté. Nous verrons plus loin des applications de ce principe.

224. La loi ne mentionne pas parmi les objets qui tombent en communauté le produit du travail des époux. Est-ce oubli? ou le législateur a-t-il pensé que cela allait sans dire? L'article 1498 mentionne l'*industrie commune* des époux, et ce que le code dit de la communauté d'acquêts s'applique, sans doute aucun, à la communauté légale; le travail est un gain mobilier, et tout ce qui est meuble tombe en communauté. La plupart des communautés ne se composent que du produit du travail des conjoints, parce que c'est le seul bien que les futurs époux possèdent; ce bien-là conduit à tout, il est le principe de la richesse et l'appui de la morale.

Les produits de tout travail tombent en communauté. D'ordinaire c'est le travail manuel ou industriel (2). Tels sont les bénéfices résultant d'une entreprise formée avant

(1) Duranton, t. XIV, p. 157. n° 126. Rodière et Pont. t. I, p. 320, n° 392.

(2) Le fonds de commerce et l'achalandage sont-ils des droits mobiliers qui entrent en communauté? Voyez le tome V de mes *Principes*, p. 632, n° 513.

ou pendant le mariage. Que faut-il décider si l'entreprise continue après la dissolution de la communauté? La loi prévoit la difficulté pour les sociétés ordinaires : aux termes de l'article 1868, l'héritier d'un associé prédécédé ne participe aux droits ultérieurs, c'est-à-dire à ceux qui naissent depuis le décès, qu'autant qu'ils sont une suite nécessaire de ce qui s'est fait avant la mort de l'associé auquel il succède. Cette disposition, fondée en droit et en équité, peut, par voie d'analogie, recevoir son application à la communauté. La cour de cassation l'a jugé ainsi, mais en décidant, dans l'espèce, qu'il n'y avait pas lieu d'appliquer l'article 1868. Il s'agissait de travaux que l'Etat faisait exécuter à la prison et au palais de justice de la ville de Caen ; le mari s'en était rendu adjudicataire, et les héritiers de la femme demandèrent que l'on fît entrer dans la masse les bénéfices réalisés après sa mort, l'entreprise ayant commencé pendant la durée de la communauté. Il a été jugé que l'on ne pouvait considérer comme une conséquence nécessaire et forcée d'une entreprise de travaux publics des travaux exécutés depuis la dissolution de la communauté, lorsque l'entreprise était, comme dans l'espèce, un marché à série de prix, dont les résultats se réglaient chaque quinzaine et constituaient, en réalité, une série d'entreprises distinctes (1).

225. Le travail intellectuel donne lieu à quelques difficultés. Les fonctions publiques n'étant pas dans le commerce, il va sans dire que la fonction que le mari exerce ne tombe pas en communauté. Il y a exception, d'après la législation française, pour les offices en faveur desquels la loi du 28 avril 1816 a établi la faculté de présentation ; ces offices, comme nous l'avons dit au second livre (t. V, n° 511), sont considérés comme des droits mobiliers qui entrent en communauté (2). Quant aux autres fonctions, les émoluments qu'elles procurent étant un droit mobilier produit par le travail de l'époux, on leur applique la règle générale. Il en est de même des gratifications extraordi-

(1) Rejet, 19 décembre 1851 (Dalloz, 1851, 1, 315).
(2) Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 362, n° 447. Troplong, t. I, p. 174, n°s 412 et 413.

naires qui seraient accordées au mari à raison de ses fonctions : c'est toujours un gain mobilier. Il a été jugé qu'une gratification de 25,000 francs, accordée par l'empereur, en 1808, au général Razout pour services rendus dans les journées d'Ulm et d'Austerlitz devaient être compris dans la communauté. Même décision pour les rentes sur le grand-livre accordées aux blessés de juillet (1). Il est à remarquer que, dans ces deux espèces, les époux avaient stipulé la communauté d'acquêts, et le contrat de mariage excluait tout ce qui adviendrait aux époux par succession, donation, legs ou *autrement*. On invoquait cette dernière expression comme s'appliquant à des gratifications accordées à titre gratuit, en ce sens que le gratifié n'y avait aucun droit. C'était très-mal raisonner : des récompenses que l'on gagne en versant son sang ne sont certes pas des libéralités, et il n'y a que les valeurs acquises à titre gratuit que les époux entendaient exclure de leur communauté, conformément à l'article 1492.

Il y a cependant des gratifications qui par leur nature sont exclues de la communauté ; ce sont les dons purement honorifiques, les souvenirs. Cela a été jugé ainsi par la cour de Bastia. A son passage à Corte, le duc d'Orléans avait fait à un habitant de la ville l'honneur de loger chez lui : ce sont les termes de l'arrêt; le duc lui envoya une tabatière en or; la tabatière et la lettre qui accompagnait ce don devaient rester dans la famille du donataire comme un souvenir et un titre d'honneur; la cour repoussa les prétentions de la veuve qui demandait que la tabatière fût comprise dans la masse partageable (2).

226. La propriété littéraire est-elle un droit mobilier qui entre en communauté? Nous avons examiné la question en traitant de la division des biens (t. V, n° 512) (3). Il a été jugé par un arrêt récent de la cour de cassation que le droit réservé à la veuve d'un auteur et à ses enfants pendant vingt années après elle, par le décret du 20 février 1810,

(1) Rejet, 7 novembre 1827; Colmar, 20 décembre 1832 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2592).
(2) Bastia, 26 février 1840 (Dalloz, *ibid.*, n° 663).
(3) Comparez Aubry et Rau, t. V, p. 284, note 11, § 507, et les autorités qui y sont citées.

recevait son application à la reproduction de tout ouvrage imprimé ou gravé; dans l'espèce, il s'agissait des œuvres musicales de Clementi; le compositeur étant marié sans contrat, le droit de reproduction de ses œuvres fut reconnu à sa veuve et à ses enfants en vertu du décret précité (1).

N° 2. APPLICATIONS.

227. La communauté comprend-elle les meubles corporels destinés à l'usage particulier de l'un des époux? Oui, et sans doute aucun. En effet, le principe est que tout le mobilier présent et futur entre en communauté. Il faudrait une disposition formelle pour que la toilette de la femme ou la bibliothèque du mari en fussent exclues; or, cette exception n'existe point, ce qui décide la question. L'article 1492 prouve, au contraire, que la loi n'entend rien excepter. La femme qui renonce perd tout droit sur le mobilier qui est entré dans la communauté de son chef: elle *retire* seulement, dit la loi, les linges et hardes à son usage. Donc les linges et hardes font partie de la communauté et deviennent, en principe, la propriété du mari quand la femme renonce. On dit que, dans la pratique, le survivant des époux garde sans indemnité les objets qui sont plus spécialement affectés à son usage personnel. Cela ne peut se faire que par le consentement des parties intéressées, et si les héritiers du prédécédé y consentent sans aucun retour, ils font une véritable libéralité au survivant. Il faut donc se garder de représenter ces arrangements de convenance comme un droit. Troplong cite ces paroles de Coquille : « La coutume de Tours (article 307) met une belle et honorable limitation qui méritait bien d'être générale partout, que le survivant avait en avantage ses habits quotidiens et de dimanche, et s'il est noble, il a aussi ses armes précieuses, et s'il est de lettres, ses livres, dont la raison est qu'il y a affection particulière envers tels meubles, et c'est contre-cœur au survivant de les voir partager. » Troplong ajoute : « Aucune dis-

(1) Rejet, 11 mars 1873 (Dalloz, 1873, 1, 246).

position du code civil n'a rappelé cet usage de la coutume de Touraine, mais il est tellement pieux que nous ne voudrions pas le contester. » La piété n'est pas une loi, et Coquille se garde bien de dire que la disposition d'une coutume doit être observée comme droit commun; il en résultait réellement un préciput au profit du survivant; or, il n'y a de préciput qu'en vertu d'une clause du contrat de mariage. Cela est si évident qu'il est inutile d'y insister (1). Mais aussi le préciput établi par la coutume de Tours est si naturel que le législateur aurait dû le consacrer.

228. A qui appartient le trésor qui est découvert dans le fonds appartenant à l'un des époux? C'est une question très-controversée; il nous semble que la solution est facile si l'on s'en tient aux principes qui régissent le trésor et la communauté. Le trésor appartient par moitié à celui qui l'a trouvé et pour l'autre moitié au propriétaire du fonds (art. 716). Quant à la moitié attribuée à l'inventeur, il n'y a guère de doute; c'est un don de la fortune, un gain mobilier qui, à ce titre, entre dans la communauté, puisque la communauté comprend tout le mobilier futur, à quelque titre que l'époux l'ait acquis. C'est sur la moitié que la loi réserve au propriétaire du fonds qu'il y a une vive controverse. Il faut voir pourquoi la loi a décidé qu'elle appartient au propriétaire. Elle suppose que la chose a été cachée dans le fonds où on la trouve par les ancêtres de celui qui le possède actuellement. C'est donc une restitution qui est due en partie à la fortune, en partie à la loi. A ce titre, le trésor doit entrer en communauté comme tout gain mobilier (2).

On oppose l'autorité de Pothier. D'après l'ancien droit, le tiers du trésor était attribué au propriétaire du fonds; Pothier dit que ce tiers ne doit pas entrer en communauté, parce que c'est quelque chose qui provient au con-

(1) Aubry et Rau, t, V, p. 282, et note 3. Troplong, t. I, p. 182, nos 447 et 448.

(2) Rodière et Pont défendent très-bien cette opinion (t. I, p. 368, n° 454). Il y a deux autres systèmes (Aubry et Rau, t. V, p. 289, n° 281, § 507).

joint de son héritage propre et qui n'est pas un fruit (1). La raison n'est pas bonne. Le trésor ne provient pas du fonds comme les mines et carrières en proviennent. Il se trouve dans le fonds par un dépôt qui y a été fait, donc par un fait accidentel, et il ne résulte pas de ce dépôt que la chose devienne l'accessoire du fonds; le code ne considère pas le trésor comme une accession, car il n'en traite pas au chapitre de l'*Accession*, il en traite dans les dispositions générales du titre III, à l'occasion de l'invention qui est un des modes d'acquisition de la propriété. Ainsi le code considère l'acquisition du trésor, même en ce qui concerne la part réservée au propriétaire du fonds, comme un effet de l'invention, c'est-à-dire comme un don de la fortune; c'est à l'invention autant qu'à la loi que le propriétaire doit la moitié du trésor. Il faut ajouter que l'opinion de Pothier ne peut être invoquée comme tradition; la plupart des auteurs anciens enseignaient que la part du trésor que les coutumes réservaient au propriétaire du fonds entrait en communauté, et ils en donnaient une raison qui est décisive, c'est que le trésor est un meuble; or, tous les objets mobiliers tombent dans la communauté, à moins que la loi ne les déclare propres (3).

229. Lorsque deux choses, dont l'une est immeuble et l'autre meuble, sont dues sous une alternative, le droit qui en résulte entrera-t-il en communauté? Nous avons dit ailleurs (t. XVII, n° 228) que la nature de la créance est déterminée par le payement; elle est immobilière si c'est l'immeuble qui est payé, et, dans ce cas, elle restera propre à l'époux créancier; elle est mobilière si c'est le meuble qui est payé, et, dans ce cas, elle entrera en communauté.

Si la créance est facultative, la nature de la chose due réglera la qualité du droit; on ne considère pas la nature de la chose que le débiteur s'est réservé de payer et qu'il paye car cette chose n'est pas due. Quand même le

(1) Pothier. *De la communauté*, n° 98. En ce sens, Aubry et Rau et Colmet de Santerre, t. VI. p. 50, n° 21 *bis* VI.
(2) Voyez les témoignages des auteurs anciens dans Rodière et Pont, t. I, p. 372 et suiv.

donateur payerait un immeuble, la créance entrerait en communauté si elle avait pour objet une chose mobilière avec la faculté de payer un immeuble. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (1).

230. L'un des conjoints a vendu avant son mariage un immeuble, le prix qui reste dû entre-t-il dans l'actif de la communauté? La question était controversée dans l'ancien droit. Lebrun soutenait que le prix représentait l'héritage vendu; puisque l'immeuble ne serait pas entré en communauté, le prix qui le représente doit aussi rester propre. C'était très-mal raisonner. Pour déterminer si une créance est mobilière ou immobilière, il faut considérer la nature de la chose qui en est l'objet, on n'a aucun égard à la cause d'où la créance procède. Or, dans l'espèce, la créance a pour objet une chose mobilière, elle est donc mobilière et elle entre en communauté. C'était l'avis de Pothier, et il est suivi par tous les auteurs modernes (2).

Autre est la question de savoir si le prix de l'immeuble vendu reste propre lorsque la vente se fait dans l'intervalle entre le contrat de mariage qui stipule la communauté, et la célébration du mariage. A notre avis, le prix reste propre dans ce cas; nous reviendrons sur la question en traitant des biens qui n'entrent pas en communauté.

231. Un immeuble est vendu avec pacte de rachat. L'acheteur meurt avant l'exercice du réméré. Quelle est la nature du droit qu'il transmet à ses héritiers? Il est propriétaire sous condition résolutoire, il a donc un droit immobilier, mais résoluble. Si le vendeur exerce le rachat, le droit de l'acheteur se résout, et la résolution rétroagit comme toute condition résolutoire. Par suite, la vente est censée n'avoir jamais existé; l'acheteur ou ses héritiers n'ont plus qu'un droit à la restitution du prix; la somme restituée à l'acheteur est censée lui avoir toujours appartenu, donc il n'a qu'un droit mobilier; par suite, le prix

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 74 et 75.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 77. Duranton, t. XIV, p. 128, n° 211, et tous les auteurs.

de l'immeuble doit figurer parmi les valeurs mobilières qui composent la communauté. Le notaire liquidateur avait procédé ainsi dans une espèce qui s'est présentée devant la cour de Rennes. Mais le premier juge, tout en admettant le principe incontestable que la vente avec clause de rachat est une vente faite sous condition résolutoire, décida que le droit des héritiers de l'acheteur s'était fixé à la mort de leur auteur; or, à ce moment l'acheteur était propriétaire de l'immeuble, il avait donc transmis à ses héritiers un droit immobilier. Droit immobilier, oui, mais résoluble, car la condition passe aux héritiers avec le droit qu'elle affecte; or, la condition s'accomplissant, elle rétroagit, et par suite de la rétroactivité, il n'y a jamais eu de vente, ni de droit immobilier (1).

232. L'un des conjoints marié en secondes noces a une reprise ou récompense à exercer dans une précédente communauté, du chef d'un immeuble propre vendu pendant le mariage et dont le prix a été versé dans la masse. Ce droit entre-t-il en communauté? Il faut appliquer le principe de Pothier (n° 230); la nature du droit se détermine, non par la cause d'où il procède, mais par son objet; la reprise a pour objet une somme d'argent, donc elle est mobilière. Nous reviendrons sur la question en traitant des reprises.

233. Quant à la part d'un époux dans une communauté. ou une succession, ou une société, il faut distinguer. Si la masse partageable ou le fonds social est exclusivement mobilier, le droit du conjoint est aussi mobilier. Mais que faut-il décider si l'actif social ou la masse à partager se compose de meubles et d'immeubles? La difficulté est de savoir si l'on doit appliquer, dans ce cas, l'article 883, aux termes duquel chaque cohéritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot, et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. Si l'on applique le principe du partage déclaratif, la décision sera très-simple; tout dépendra du résultat du partage; les meubles qui seront mis au lot du

(1) Rennes, 6 avril 1870 (Dalloz, 1871, 2, 67).

conjoint entreront en communauté; les immeubles lui resteront propres. C'est l'opinion presque unanime des auteurs, et elle est consacrée par la jurisprudence (1). Ce qui donne un grand poids à l'opinion générale, c'est que Pothier la professait; toutefois cette autorité n'est pas décisive, car Lebrun était d'un avis contraire et les bonnes raisons ne lui manquaient point.

La solution de la question dépend de l'interprétation que l'on donne à l'article 883. C'est un des points les plus difficiles et les plus douteux de notre droit héréditaire. Nous avons enseigné que l'article 883 établit une règle générale, mais cette règle consacrant une fiction, on doit la restreindre dans les limites de la loi (t. X, n° 484). Malheureusement les auteurs du code ne nous ont pas fait connaître le but et la portée de la fiction, et comme la tradition est également incertaine, la doctrine devient une pure théorie, ce qui la rend nécessairement arbitraire. Toutefois nous devons rester fidèle à notre principe, que nous croyons incontestable. La fiction de l'article 883 est établie au titre des *Successions;* elle règle les rapports des cohéritiers entre eux et leurs rapports avec les tiers qui traitent avec eux sur des objets héréditaires. Doit-elle recevoir son application à la composition active de la communauté? Les règles qui régissent la communauté ont pour but de faire entrer dans l'association conjugale la fortune mobilière de chacun des époux et d'en exclure leur fortune immobilière. Il ne dépend pas des époux de modifier l'actif de la communauté pendant le mariage en transformant en propres des biens qui devaient être des biens de communauté ou en transformant des propres en biens communs. Or, quand une succession est partie mobilière, partie immobilière, le conjoint héritier a, lors de l'ouverture de la succession, un droit dans les meubles et dans les immeubles; le droit qu'il a dans les meubles est un droit mobilier qui doit entrer dans l'actif de la communauté; le partage peut-il, en mettant des immeubles dans

(1) Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 567, note 29, § 625. Aubry et Rau professent l'opinion contraire, laquelle est aussi enseignee par Valette (Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 23, n° 56).

le lot du conjoint, enlever à la communauté le droit qu'elle avait au mobilier de la succession? Si l'on s'en tient aux principes de la communauté, la négative est certaine. Est-que la fiction du partage déclaratif modifie les règles de la communauté? En théorie, et nous sommes sur le terrain de la théorie, il faut dire que la fiction de l'article 883 est étrangère à la communauté; quand il s'agit de déterminer si tel bien entre ou n'entre pas en communauté, il faut voir quelle est la nature du droit au moment où l'époux l'acquiert; si une fiction vient ensuite changer la nature du droit, cette fiction ne peut pas enlever à la communauté un droit qu'elle tient des conventions matrimoniales: la vérité doit ici l'emporter sur la fiction. L'actif d'une succession est de 100,000 francs; l'époux est héritier pour un quart; il y a, dans la succession, des meubles pour 20,000 francs. Quel est le droit de la communauté? Elle a droit à une valeur de 5,000 francs. Vient le partage qui ne donne à l'époux que des immeubles. Si l'on applique la fiction de l'article 883, il en résultera que cette valeur de 5,000 francs, qui devait entrer en communauté, lui restera propre; l'époux s'appropriera donc une valeur qui, en vertu des conventions matrimoniales, devait profiter à la communauté. Cette valeur entre dans le patrimoine de l'époux sous forme d'immeubles. La fiction aboutit donc à changer les conventions matrimoniales. C'est dire que la fiction est en conflit avec la réalité et avec des droits conventionnels. A notre avis, la fiction ne peut pas avoir cet effet, ce serait l'étendre hors des limites pour lesquelles elle a été établie. Ici est le point douteux. Quelles sont ces limites? Nous avons répondu au nom de la théorie. Mais cette théorie peut être contestée. L'incertitude subsiste donc, et nous comprenons que la jurisprudence, pour y mettre fin, se soit attachée à l'article 883 comme à une règle invariable. Toutefois, la jurisprudence aussi laisse des doutes, car elle n'admet pas l'application absolue de la fiction à tous les cas qui peuvent se présenter (1). Cela implique la nécessité d'une distinction, de sorte que la difficulté revient.

(1) Comparez Rejet, 11 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 1, 287).

234. L'article 529 contient une disposition spéciale concernant les actions ou intérêts dans les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie; le code les range parmi les biens qui sont réputés meubles par la détermination de la loi; ces droits entrent donc en communauté. Il se présente de grandes difficultés dans l'application du principe; nous les avons examinées au titre de la *Distinction des biens*, qui est le siége de la matière (t V, n[os] 502 et 506).

235. Les assurances sur la vie prennent une extension tous les jours croissante; il importe de déterminer la nature des droits qui en résultent. Ces conventions ont été vues pendant longtemps, en France du moins, avec une défaveur extrême. Portalis les flétrit dans son Exposé des motifs des contrats aléatoires. « De pareils actes, dit-il, sont vicieux en eux-mêmes et n'offrent aucun objet d'utilité qui puisse compenser les vices et les abus dont ils sont susceptibles. » Dupin, dans un réquisitoire célèbre, contesta la validité des contrats d'assurance sur la vie. Nous n'avons pas à entrer dans ce débat, il est vidé (1); la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour reconnaître que ces conventions sont valables. Reste à savoir quel en est l'effet au point de vue de la communauté : y entrent-ils? ou sont-ils propres aux héritiers?

La jurisprudence s'est d'abord prononcée en faveur des héritiers; ce n'est pas pour lui que l'assuré stipule, dit-on, puisque le droit ne s'ouvre qu'à sa mort : c'est pour ses héritiers. De là on concluait que le droit au capital de l'assurance n'entre pas dans le patrimoine de l'assuré; par suite, il ne fait pas partie de la communauté, quoique celle-ci ait payé les primes (2). Il est inutile de s'arrêter à cette première phase de la jurisprudence. La cour de cassation a consacré l'opinion contraire qui, à notre avis, est la bonne. La question s'est d'abord présentée au point de vue fiscal. Une personne, décédée le 7 octobre 1867, avait contracté une assurance sur sa vie en vertu de laquelle,

(1) Voyez les témoignages cités dans le *Recueil* périodique de Dalloz, 1872, 1, 209, note.
(2) Paris, 5 avril 1867 (Dalloz, 1867, 2, 62).

moyennant une prime annuelle de 430 francs, un capital de 20,000 francs devait être payé à ses ayants droit dans les quatre mois qui suivraient son décès; la police avait été souscrite le 12 mars de ladite année. Question de savoir si les héritiers devaient payer un droit de mutation sur le capital de l'assurance. Jugée négativement par le tribunal de première instance, elle fut décidée au profit de la régie par la cour de cassation. La cour pose en principe que le droit à la somme de 20,000 francs, qui est la représentation de la prime payée par l'assuré, a fait partie du patrimoine de l'assuré, qui pouvait en disposer et qui en avait disposé directement au profit d'un légataire, indirectement au profit de ses héritiers au cas où le légataire renoncerait, ce qui était arrivé dans l'espèce (1). Nous nous en tenons au principe, en laissant de côté l'application que la cour en fait au droit fiscal. Le principe nous paraît incontestable. On ne peut disposer d'un droit que si l'on en est propriétaire; or, les polices d'assurance reconnaissent à l'assuré le droit de disposer du capital, donc le droit au capital est dans son domaine. Si l'on admet le principe, la conséquence qui en résulte quant à la communauté est évidente. Le droit est mobilier, et il appartient à l'assuré; il entre donc dans l'actif de la communauté. La cour de cassation, par un arrêt récent, l'a jugé ainsi pour la communauté d'acquêts, et il va sans dire qu'il en est de même dans la communauté légale, puisque le motif de décider est identique. L'arrêt, qui est de la chambre civile, commence par poser en principe que les contrats d'assurance sur la vie, inspirés par un juste sentiment de prévoyance, ont une cause très-licite. Quels sont les principes qui les régissent? Nos lois ne prévoient pas cette convention; c'est dire qu'elle reste sous l'empire des principes généraux qui régissent les obligations conventionnelles. La cour de cassation analyse ensuite le contrat d'assurance sur la vie. Il est aléatoire, en ce sens que le payement des primes a une durée incertaine qui dépend d'une chance, l'époque du décès; quant à l'obligation que

(1) Cassation, 7 février 1872 (Dalloz, 1872, 1, 209).

la compagnie contracte envers l'assuré, elle n'a rien d'aléatoire, le montant en est fixé par la police, et il reste invariable, quelle que soit la durée de la vie de l'assuré. De là suit que le droit de l'assuré au capital lui est acquis irrévocablement du jour du contrat; il n'y a que l'exigibilité qui soit différée jusqu'au jour de son décès. Or, un droit acquis, quoique exigible seulement à la mort du créancier, est dans son patrimoine; les polices le reconnaissent, puisqu'elles stipulent que le capital est payable aux héritiers, ou à l'ordre de l'assuré ou aux personnes qu'il se réserve d'indiquer.

La première jurisprudence partait d'un autre principe: elle invoquait l'article 1121, aux termes duquel le stipulant a le droit de conférer à des tiers le bénéfice de son contrat. Sans doute; mais la question est de savoir si l'assuré use de ce droit en stipulant que le payement se fera à ses héritiers, ou à son ordre, ou à un tiers qu'il désignera? Or, il est certain que l'article 1121 suppose que le tiers au profit duquel on stipule est déterminé, car la stipulation est une offre, et on ne fait pas une offre à une personne incertaine. Donc il faut écarter l'article 1121; par suite, on ne peut pas dire, comme on le faisait sous la première jurisprudence, que les héritiers sont les vrais bénéficiaires. Non, ils ne sont que les ayants cause de l'assuré, ils recueillent le capital en qualité d'héritiers, en vertu du droit commun formulé par l'article 1122, d'après lequel on stipule pour soi et pour ses héritiers. Or, les héritiers ne recueillent que les droits qui se trouvaient dans le patrimoine du défunt. Et si le droit était dans son patrimoine, il doit être compris dans sa communauté à titre de droit mobilier (1).

236. Il s'est présenté récemment une singulière difficulté concernant la composition active de la communauté; elle ne témoigne pas pour la moralité de notre temps. Une femme est surprise en flagrant délit d'adultère. Le mari, un notaire, se fait payer une somme de 25,000 francs par le complice à titre de réparation civile. Après la sépara-

(1) Rejet, chambre civile, 15 décembre 1873 (Dalloz, 1874, 1, 113).

tion de corps, on liquide la communauté. La femme a l'impudence de demander que les 25,000 francs y soient compris; et, de plus, cette valeur ayant été, d'après elle, divertie ou recélée par son mari, elle conclut à ce que ladite somme lui soit attribuée pour le tout aux termes de l'article 1477. La cour de Rennes rejeta cette scandaleuse réclamation par les motifs suivants. Elle établit d'abord que le droit du mari à la somme que le coupable s'est obligé à payer par transaction constitue une créance qui lui est propre. La femme, dit l'arrêt, a été non-seulement la complice, mais l'auteur principal du plus cruel outrage qui puisse être porté à l'honneur d'un mari; or, l'honneur du mari et son droit de faire respecter la foi conjugale constituent la plus personnelle des créances; la réparation de l'adultère appartient donc au mari, à titre de créance propre. L'arrêt ajoute que la femme est irrecevable, pour cause d'indignité, à réclamer aucune part du prix de sa faute et de sa propre honte. Puis la cour cherche à prouver que la femme, loin d'être créancière, est débitrice : coupable d'adultère, elle est tenue solidairement avec son complice de la réparation du préjudice matériel et moral qui en résulte pour le mari; or, conçoit-on que la femme transforme sa dette en créance et qu'elle répète ce qui a été payé, tant pour elle que pour lui-même, par son codébiteur solidaire? La femme osa se pourvoir en cassation. Admis par la chambre des requêtes, le pourvoi fut rejeté par la chambre civile. La cour évite d'entrer dans le fond du débat, en écartant la femme par la fin de non-recevoir que l'arrêt attaqué lui avait opposée : « Nul ne peut être écouté en justice alléguant sa propre turpitude (1). » C'est le cri de la conscience et du sens moral outragé. Mais la décision est-elle aussi en harmonie avec le droit? Nous en doutons, mais nous n'avons pas le courage de la critiquer. Notons seulement, en ce qui regarde l'arrêt de la cour de cassation, qu'aucun texte ne consacre la maxime sur laquelle elle fonde la fin de non-recevoir; et peut-on sans texte repousser une demande judiciaire?

(1) Rejet, chambre civile, 5 février 1873 (Dalloz, 1873, 1, 209).

§ II. *Des fruits.*

N° 1. PRINCIPE.

237. Aux termes de l'article 1401, « la communauté se compose activement, 2° de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, échus ou perçus pendant le mariage. » On comprend facilement pourquoi les fruits et revenus quelconques entrent en communauté : toutes les charges du mariage, dit Pothier, tombant dans le passif de la communauté, il était juste de lui donner les fruits pour les supporter. Mais était-il nécessaire de mentionner séparément les fruits? ne sont-ils pas compris dans le mobilier qui, d'après le n° 1° de l'article 1401, entre en communauté? Les auteurs du code ont suivi sur ce point l'opinion de Pothier. Il se fait l'objection que nous venons de formuler, et voici ce qu'il répond. La qualité de fruit ne doit pas être confondue avec la qualité de meuble, quoique tout fruit soit une chose mobilière; au point de vue de la communauté, il faut distinguer ces deux qualités. D'abord la qualité de fruits fait entrer en communauté certaines choses qui n'y seraient pas entrées en leur qualité de biens meubles. Il y a des biens meubles qui n'entrent pas en communauté, comme nous le dirons plus loin; et si la loi n'avait pas mentionné les fruits, on aurait pu dire qu'ils doivent rester propres comme étant le produit d'un propre, les fruits appartenant, en principe, au propriétaire; l'article 1401, en les attribuant à la communauté, établit donc une exception, et toute exception doit être consacrée par la loi. Une disposition expresse était encore plus nécessaire, dit Pothier, pour la communauté conventionnelle; les époux peuvent exclure leur mobilier présent et futur de la communauté; si les fruits étaient compris dans les meubles, il en serait résulté que les fruits aussi auraient été exclus; résultat absurde, puisqu'il ne serait plus rien resté dans l'actif de la société de biens (1).

(1) Pothier. *De la communauté*, n° 204. Comparez Mourlon, t. III, p. 24, n° 62. Colmet de Santerre, t. VI, p. 52, n° 22 *bis* IV.

238. La loi dit : « Les fruits échus ou perçus pendant le mariage. » En faut-il conclure, avec Odier, que les fruits échus ou perçus avant ou après cette époque sont ou redeviennent propres? Il va sans dire que les fruits échus ou perçus après la dissolution de la communauté ne peuvent pas entrer dans une communauté qui n'existe plus; ils appartiennent au propriétaire en vertu de l'article 547. Quant aux fruits échus ou perçus avant le mariage, ils appartiennent également au propriétaire; mais il faut se garder d'en conclure qu'ils sont propres à l'époux propriétaire, ils se confondent avec ses autres meubles qui sont aussi dans son patrimoine et ils entrent avec eux dans la communauté. Cela est élémentaire, et il est inutile d'y insister (1).

239. La disposition qui attribue les fruits à la communauté est-elle d'ordre public? Il est si évident que les époux y peuvent déroger, que l'on ne conçoit pas que l'on ait soutenu le contraire devant la cour de cassation de Belgique; on dirait que tous les moyens sont bons pour se pourvoir en cassation. La cour a répondu en citant les textes du code. L'article 1497 permet aux époux de modifier la communauté légale comme ils l'entendent; ils peuvent en exclure leur mobilier présent et futur (art. 1497); pourquoi n'en pourraient-ils pas exclure les fruits? est-ce que les fruits seraient plus d'ordre public que les meubles? L'article 1527 reproduit le principe de l'article 1497, et l'article 1387 l'avait déjà formulé. La cour de cassation cite encore l'article 1401 qui permet au donateur de déroger à la communauté légale en excluant de la communauté le mobilier qu'il donne à l'un des époux; par la même raison, il peut réserver au donataire la jouissance de ces biens (2). Nous n'insistons pas, il est inutile de prouver quand la loi a parlé.

240. Quels sont les fruits qui entrent en communauté? La question se présente d'abord quant aux biens qui les

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 378, n° 460, et tous les auteurs. En sens contraire, Odier, t. I, p. 193, n° 92.

(2) Rejet, cour de cassation de Belgique, 6 février 1863 (*Pasicrisie*, 1863, 1, 424).

produisent; l'article 1401, n° 2, y répond : « Tous les fruits provenant des biens qui appartenaient aux époux lors de la célébration du mariage, ou de ceux qui leur sont échus pendant le mariage, à quelque titre que ce soit. » Le principe est donc que les fruits des propres entrent en communauté; quant aux fruits des biens qui appartiennent à la communauté, elle y a droit comme propriétaire (article 547). On a critiqué l'espèce de définition que l'article 1401 donne des biens propres; la loi est conçue en des termes trop généraux quand elle dit que la communauté comprend les fruits des biens qui échoient aux époux pendant le mariage, à quelque titre que ce soit. Nous dirons plus loin qu'il y a plusieurs de ces biens qui entrent en communauté, et alors la communauté a droit aux fruits comme propriétaire (1). Il eût donc été plus simple et plus juste de dire : les fruits des propres.

La loi dit : les *biens* qui sont propres aux époux, sans distinguer si les époux ont la toute propriété ou s'ils ont seulement l'usufruit des biens. L'usufruit d'un immeuble appartenant à l'un des époux avant le mariage est aussi un propre et, comme tel, il tombe sous l'application de l'article 1401, n° 2 : les fruits des biens grevés d'usufruit entrent en communauté. Cela a été contesté, mais sans motif aucun, à moins que l'on ne confonde les fruits avec le droit qui les produit, ce qui est contraire à tout principe. Le droit est immobilier et propre, à ce titre; mais les fruits que le droit produit appartiennent à la communauté, comme les fruits de tout propre (2). L'espèce suivante peut paraître plus douteuse. Les époux cèdent, pour une somme de 40,500 livres, l'usufruit de plusieurs terres dont la propriété appartenait à la femme; l'usufruit fit retour à la propriété pendant l'existence de la communauté. Lors de la liquidation de la communauté, la femme réclama une récompense du prix de l'usufruit, cet usufruit étant le démembrement de sa propriété et, par conséquent, un propre. Il a été jugé qu'aucune récompense

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 52, n° 22 *bis* II.
(2) Paris, 20 février 1815 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 706).

n'était due. En effet, la communauté avait droit aux fruits, donc à la somme de 40,500 livres qui les représentait; l'usufruitière étant décédée avant la dissolution de la communauté, ne pouvait rien réclamer de ce prix, parce qu'elle n'avait pas droit aux fruits. La cour de cassation ajoute que la récompense n'est que la réparation d'une perte soufferte par l'un des conjoints et que, dans l'espèce, la femme n'avait éprouvé aucun préjudice (1). Cela prouve que la décision était fondée en équité autant qu'en droit.

241. La cour de cassation a appliqué le même principe à une rente viagère propre à l'un des époux. Il est incontestable que les arrérages de la rente tombent en communauté sans récompense, car, dans la théorie du code, les arrérages de la rente viagère sont le produit du droit à la rente (art. 588). Dans l'espèce, les époux firent avec le débirentier une convention qui convertit la rente de 12,000 francs en une somme principale de 24,000 francs. La rente étant propre à la femme, le prix de la rente lui restait aussi propre. Plus tard, les époux acquirent un domaine moyennant 29,000 francs; l'acte portait que l'acquisition était faite jusqu'à concurrence de 24,000 francs pour servir de remploi à la femme; celle-ci accepta formellement le remploi. Lors de la liquidation de la communauté, le mari soutint qu'il fallait comprendre dans la masse partageable, à titre de conquêt, l'immeuble acheté à l'aide de deniers provenant de la réalisation des arrérages d'une rente viagère appartenant à la communauté. Cette prétention fut rejetée par la cour de Bourges, par le motif que la rente était propre à la femme. Pourvoi en cassation. La décision a été cassée et elle devait l'être. Si le droit à la rente est propre, les arrérages entrent en communauté. Or, dans l'espèce, la femme crédirentière prédécéda; ce qui eût entraîné l'extinction de la rente si elle n'avait pas été convertie en capital, et, par suite, tous les arrérages perçus auraient profité à la communauté, sans récompense aucune. La conversion de la rente en capital ne changeait rien aux droits des parties : les 24,000 francs représen-

(1) Rejet, 31 mars 1824 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 707).

taient, en réalité, les arrérages auxquels la communauté avait droit; donc il n'y avait pas lieu à récompense. La cour de cassation répète que la récompense est une indemnité, ce qui suppose une perte. Est-ce que la femme crédirentière éprouvait une perte? Non, car par son prédécès elle perdait le droit à la rente; le prix de la cession ne pouvait être réclamé par ses héritiers comme propre, puisque ce prix représentait, non le droit éteint, mais les arrérages qui auraient été perçus par la communauté. La conséquence était que le domaine acheté avec les 24,000 francs n'était pas un propre acquis à titre de remploi, mais un acquêt. Vainement invoquait-on la stipulation de remploi suivie de l'acceptation de la femme; les époux n'avaient pas le droit de faire un remploi au profit de la femme, parce que les deniers ne provenaient pas de la vente d'un propre; au moment de la conversion, il est vrai que le droit à la rente était propre à la femme, mais, par l'effet de son prédécès, ce droit ne consistait que dans les arrérages perçus, et ces arrérages appartenaient à la communauté (1).

242. L'un des époux a en propre la nue propriété d'un immeuble. Il vend la nue propriété; le prix lui reste propre, mais que faut-il décider des intérêts? L'époux nu propriétaire prétendit que les intérêts lui étaient propres. C'était une erreur. Il est vrai que la nue propriété ne produisait aucun revenu au profit de la communauté, mais de là on ne pouvait conclure qu'elle n'avait aucun droit aux intérêts du prix. Quand un capital improductif est remplacé par un capital productif, les droits du propriétaire changent, il a droit aux intérêts du nouveau capital; or, s'il est commun en biens, ces intérêts ne lui appartiennent pas, ils appartiennent à la communauté (2).

243. L'un des époux est copropriétaire par indivis d'un immeuble donné à bail. Il est certain que la part de l'époux dans les loyers entre en communauté. Dans l'espèce jugée par la cour de cassation, il se présentait une difficulté. La femme copropriétaire était associée pour l'exploitation

(1) Cassation, 10 avril 1855 (Dalloz, 1855, 1, 177).
(2) Orléans, 27 décembre 1855 (Dalloz, 1857, 2, 34).

de ladite maison, et l'acte de société portait que les associés toucheraient, dans les loyers seulement, les intérêts de leurs apports et que le surplus serait employé, après prélèvement des charges, à l'amortissement des emprunts contractés pour acquérir l'immeuble. Il a été jugé que la communauté ne pouvait exercer que les droits de l'époux sur les loyers; elle ne pouvait donc pas exiger la remise de la portion des loyers réservée à l'amortissement; néanmoins cette part des loyers ne laissait pas d'être un fruit civil auquel la femme avait droit et qui lui profitait; ils devaient donc profiter à la communauté. La cour en conclut que l'emploi fait par la femme d'une partie des loyers pour la libération d'un immeuble à elle propre donnait lieu à récompense au profit de la communauté; en effet, cet emploi avait été fait avec des deniers qui, à titre de fruits civils, devaient entrer en communauté, ce qui décidait la question (1).

244. L'article 1401, 2°, fait entrer dans la communauté tous les fruits et revenus des propres, de quelque nature qu'ils soient. Est-ce à dire que la communauté soit usufruitière? Nous reviendrons sur la question. Il est certain que la communauté a tous les droits qui appartiennent à l'usufruitier. Cela résulte de l'article 1401 qui attribue à la communauté non-seulement les *fruits*, mais aussi les *revenus*, de quelque nature qu'ils soient; et l'article 1403 fait l'application de ce principe aux produits des carrières et mines qui tombent dans la communauté, *pour tout ce qui en est considéré comme usufruit, d'après les règles expliquées au titre de l'Usufruit*; il en est de même des coupes de bois. La communauté a donc des droits analogues à ceux de l'usufruitier. Ce principe n'est pas sans importance. Il y a des cas où l'usufruitier devient propriétaire des choses dont il a la jouissance à charge de restitution (art. 587); c'est plus qu'un droit aux fruits, puisque l'usufruitier a le droit de consommer, c'est-à-dire de détruire la substance de la chose. La communauté a-t-elle aussi le quasi-usufruit? Oui, par application du principe

(1) Cassation, 20 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 460).

que nous venons de déduire des articles 1401 et 1403. L'usufruitier a aussi le droit d'user des choses qui ne produisent pas de fruits (art. 589); il faut attribuer le même droit à la communauté (1). Ces points ne sont pas douteux.

245. Comment la communauté acquiert-elle les fruits? L'article 1401, n° 2, dit qu'elle a droit aux fruits *échus* ou *perçus* pendant le mariage. Le mot *perçus* s'entend des fruits naturels ou industriels; dans le langage traditionnel, on dit que l'usufruitier gagne les fruits par la *perception,* c'est-à-dire par la séparation du sol. Le mot *échus* s'applique aux fruits civils, en ce sens que ces fruits *échoient* jour par jour. Cette expression n'est pas technique, et elle pourrait induire en erreur ceux qui ignorent le droit. Les loyers sont payables par année ou par trimestre; il en est de même des intérêts et arrérages; on dit qu'ils sont échus quand le terme est échu. Il faut se garder d'en conclure que la communauté n'a droit aux fruits civils qu'à l'échéance du terme auquel ils sont stipulés payables. L'article 586 dit, au contraire, que les fruits civils sont réputés s'acquérir jour par jour; d'où la conséquence que la loi en déduit que l'usufruitier y a droit à proportion de la durée de son usufruit. Il en est de même de la communauté (2). Cela résulte de l'assimilation que la loi fait de l'usufruit et du droit de la communauté aux fruits. D'ailleurs, comme nous en avons déjà fait la remarque, le code ne contient pas d'autres dispositions sur la manière dont les fruits s'acquièrent que les articles 585 et 586; il faut donc de toute nécessité les appliquer comme règle générale. Le principe qui régit le droit de la communauté aux fruits étant le même que celui que la loi établit à l'égard de l'usufruitier, il faut appliquer à la communauté ce que nous avons dit des fruits au titre de l'*Usufruit*.

246. Il suit de là une conséquence très-importante, véritable anomalie que Pothier a déjà signalée. L'époux propriétaire exploite lui-même son fonds. Quels sont les fruits auxquels la communauté aura droit? Aux fruits per-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 57, n° 26 *bis* II, et p. 53, n° 23. Aubry et Rau, t. VI, p. 291, § 507.

(2) Marcadé, t. V, p. 457, n° VI de l'article 1401.

çus pendant le mariage. Le mariage dure six mois; aucun fruit n'est perçu, nous le supposons : la communauté n'a droit à rien. Cependant les fruits lui sont attribués pour supporter les charges du mariage; elle les a supportées pendant six mois, sans avoir perçu aucun revenu des biens dont elle a la jouissance. Supposons, au contraire, que pendant ces six mois toutes les récoltes se fassent; la communauté aura perçu les fruits d'une année, tandis qu'elle ne supporte les charges que pendant une demi-année. Il y a plus. Le propre de l'époux consiste en un bois qui n'est coupé que tous les dix ans; la coupe se fait pendant le mariage qui ne dure que six mois : la communauté recueillera les fruits de dix ans, en ne supportant la charge que pour une demi-année (1).

Si, au contraire, les propres sont donnés à bail, la communauté n'aura droit aux fermages que jour par jour, c'est-à-dire pendant le temps qu'elle durera. Voilà l'anomalie. Quel est le vrai principe? C'est certes celui qui proportionne le droit de la communauté aux charges qu'elle doit supporter; donc c'est le principe que la loi établit pour les fruits civils. Tel est aussi le principe que le code suit sous le régime dotal, il l'a emprunté au droit romain, plus juridique, sur ce point comme en bien d'autres, que les coutumes. En général, les coutumes se distinguent par leur esprit d'équité; mais, dans l'espèce, nous ne voyons aucune considération d'équité qui justifie le droit coutumier.

247. Le principe que la communauté a les mêmes droits que l'usufruitier reçoit des exceptions. Il y en a une qui est consacrée par le texte du code. L'article 1403, après avoir dit que les coupes de bois tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit d'après les règles expliquées au titre de l'*Usufruit*, ajoute : « Si les coupes de bois qui, en suivant ces règles, pouvaient être faites durant la communauté, ne l'ont point été, il en sera dû récompense à l'époux non propriétaire du fonds, ou à ses héritiers. » Cette disposition déroge à l'art. 590 aux termes duquel l'usufrutier n'a droit à aucune indem

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 207.

nite pour les coupes ordinaires soit de taillis, soit de baliveaux qu'il n'aurait point faites pendant sa jouissance. L'exception est empruntée à l'ancien droit. Pothier en fait une règle générale, mais il semble la subordonner à une condition de fraude : « Si, dit-il, le mari, en fraude de la communauté, avait retardé une récolte qui était à faire sur son héritage propre durant la communauté, afin de se l'approprier en entier après la mort de sa femme, les héritiers de celle-ci pourraient prétendre part dans la récolte que le mari ferait depuis la mort de la femme comme ayant été retardée en fraude de la communauté. » Pothier donne ensuite comme exemple le cas où le mari, voyant sa femme menacée d'une mort prochaine, aurait retardé une coupe qui devait être faite d'après l'aménagement (1). Il ne donne aucun motif de cette exception, et, ainsi formulée, elle ne devait pas être motivée, car c'est, en réalité, l'application du droit commun, la fraude faisant exception à toutes les règles. Le code ne parle pas de fraude, ce peut être négligence, toujours est-il que la disposition de l'article 1403 recevra son application, quand même il n'y aurait pas de fraude. Il y a de cela un motif particulier à la communauté, elle n'est pas dans le cas d'un usufruitier ordinaire : si elle a droit aux fruits des propres, c'est pour supporter les charges du mariage ; c'est donc la frustrer et s'avantager à son préjudice que de ne pas faire une coupe dont elle devait profiter ; or, il est de principe que les époux qui s'avantagent au préjudice de la communauté en doivent récompense (art. 1437). Peu importe donc qu'il y ait dol ou simple négligence, la communauté lésée a droit à une indemnité.

Nous disons que la communauté a droit à une indemnité ; l'article 1401 dit que la récompense est due à l'époux non propriétaire du fonds. Au premier abord, on pourrait croire que le résultat est le même. La récompense est l'indemnité d'une perte que l'époux souffre ; supposons que la coupe produise 1,000 francs : la perte pour le conjoint sera de 500 francs. Que la somme de 1,000 francs soit

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 210. Duranton, t. XIV, p. 128, n° 148.

versée dans la communauté pour être partagée entre les conjoints ou que les 500 francs soient remis directement à l'époux non propriétaire du fonds, le résultat est le même. Toutefois il importe, au point de vue des principes et des conséquences qui en résultent, de distinguer si l'indemnité est due à la communauté ou au conjoint. Est-elle due à la communauté, la femme n'y aura droit qu'en acceptant ; elle perdrait donc sa part dans l'indemnité due par son mari si elle renonçait à la communauté. Puis, en supposant qu'elle accepte, les récompenses dues à la communauté sont régies par d'autres principes que les créances d'un conjoint contre son conjoint : les premières portent intérêt de plein droit à partir de la dissolution de la communauté, tandis que les intérêts des autres ne courent qu'à partir de la demande (art. 1473). Il est donc nécessaire de préciser à qui la récompense est due. Dans l'espèce, il n'y a aucun doute. C'est dans la communauté que le prix de la coupe aurait dû être versé, c'est donc elle qui souffre le préjudice, et partant c'est elle qui a droit à la récompense (1).

Le deuxième alinéa de l'article 1403 donne encore lieu à une difficulté ; il ne parle que des coupes de bois : en faut-il conclure que cette disposition ne s'applique qu'à l'usufruit des bois ou est-elle générale? En droit, il nous paraît certain que la loi s'applique à toute espèce de fruits ; les auteurs du code ont suivi Pothier, et Pothier énonce la règle, ou l'exception si l'on veut, en termes généraux, il ne cite les coupes de bois que comme exemple. Tel est certainement l'esprit de la loi ; il y a même motif de décider pour tous les fruits, donc il doit y avoir même décision. Si l'article 1401 ne parle que des bois, c'est que la disposition avait pour objet particulier l'usufruit des bois et des mines. Il n'y a qu'un motif de douter, c'est le caractère exceptionnel de la disposition : une exception peut-elle être étendue? Nous répondons qu'il y a des exceptions qui ne sont que l'application d'un principe ; telle est celle de l'article 1401 ; elle découle de la nature de la communauté et de son objet. Cela est décisif. En fait, la difficulté ne se pré-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 21, n° 52.

sentera guère; la plupart des fruits devant être récoltés au moment de leur maturité, on ne peut guère tarder à les couper ou à les détacher. C'est peut-être pour cette raison que le législateur n'en a pas fait une règle générale (1).

248. On admet généralement une autre différence entre l'usufruit et le droit de la communauté aux fruits. L'article 585 dispose que les fruits pendants par branches ou par racines au moment où l'usufruit est ouvert appartiennent à l'usufruitier, et que ceux qui sont dans le même état au moment où finit l'usufruit appartiennent au propriétaire, sans récompense de part ni d'autre des labours et des semences. Cette disposition s'applique-t-elle à la communauté? Il est certain qu'elle a droit aux fruits pendants par branches ou par racines au moment où elle commence, et il est certain aussi que c'est elle qui, de fait, supporte les frais de semences et de labours. En effet, l'époux propriétaire a payé ces frais avec des deniers qui seraient tombés en communauté s'ils n'avaient pas servi à cette dépense, c'est donc aux dépens de la communauté que les terres ont été labourées et ensemencées; si 1,000 francs ont été dépensés de ce chef, il en résulte que cette somme est entrée de moins dans la communauté. On ne peut donc pas dire que la communauté doit une récompense au conjoint qui a fait l'avance des frais comme s'étant enrichie à ses dépens, car c'est, en réalité, la communauté qui paye.

Voyons maintenant ce qui se passe à la dissolution du mariage. C'est aux frais de la communauté que les terres, appartenant à l'un des conjoints ont été labourées et ensemencées et c'est l'époux propriétaire du fonds qui recueille les fruits. Faut-il dire, avec l'article 585, qu'il n'y a pas lieu à récompense? Le texte même n'est pas applicable, car il suppose que l'usufruitier ne supporte pas les frais de semence et de culture qui ont été faits avant l'ouverture de son droit, tandis que la communauté les supporte, comme nous venons de le dire. Cela prouve déjà

(1) Duranton, t. XIV, p. 199, n° 148. Marcadé, t. V, p. 457, n° VI de l'article 1403. Comparez, en sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 61, n° 27 *bis* VI.

que la communauté est régie par un autre principe : elle paye les frais dont elle profite, il est juste que l'époux supporte aussi les frais dont lui-même profite. Cela est fondé, non-seulement en équité, mais aussi en droit, et sur unt exte de loi. L'article 1437 dit que *toutes les fois* que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. Cette disposition, conçue en termes généraux et absolus, s'applique aux dépenses que la communauté a faites pour labourer et ensemencer le fonds de l'un des époux quand celui-ci récolte les fruits.

On a objecté la discussion qui a eu lieu au conseil d'Etat sur l'article 585. Nous disons un mot de l'objection, parce qu'elle montre le peu de valeur des arguments que l'on puise dans ces débats. Duranton y répond en transcrivant le procès-verbal de la séance; il en résulte d'abord qu'il n'a pas été dit un mot de notre question, puis que l'on ne sait pas même quel est le sens de la proposition sur laquelle on a discuté. A s'en tenir au procès-verbal, on ne sait ce que le conseil a voulu dire, ce qui arrive plus d'une fois. A qui faut-il s'en prendre? Peu importe; toujours est-il que l'interprète ne peut invoquer, à titre de travaux préparatoires, des débats tellement obscurs que l'on peut leur donner tel sens que l'on veut (1).

La tradition est en ce sens (2), ainsi que la jurisprudence (3). Il y a un très-bon arrêt de la cour de Douai sur notre question. Dans l'espèce, il y avait ceci de spécial que l'époux survivant était, en vertu de son contrat de mariage, usufruitier des biens propres du prédécédé; on se prévalait de cette circonstance pour en induire qu'il fallait appliquer l'article 585. C'était mal raisonner. L'époux réunissait deux qualités : celle d'usufruitier et celle de conjoint commun en biens; il pouvait réclamer les avantages que la loi attache à chacune de ces qualités (4).

(1) C'est l'opinion généralement suivie. Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 292, note 36, § 507.

(2) Pothier, *De la communauté*, n°s 209 et 212.

(3) Rennes, 26 janvier 1828. Bordeaux, 22 mai 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 685).

(4) Douai, 20 décembre 1848 (Dalloz, 1850. 2, 192).

249. L'usufruitier doit faire inventaire et donner caution (art. 600 et 601). Ces dispositions sont-elles applicables à la communauté? La négative est certaine; les auteurs ne discutent pas même la question (1). Cependant ceux qui admettent que la communauté est une personne civile, ayant l'usufruit des biens appartenant aux époux. seraient très-embarrassés si on leur demandait pourquoi ils n'appliquent pas à cette personne civile les règles générales de l'usufruit. On conçoit, au contraire, fort bien pourquoi les époux, considérés comme associés, ne sont pas tenus de faire inventaire et de donner caution. Il ne peut être question d'inventorier les meubles, puisque le mari en a la libre disposition; il ne peut pas davantage s'agir de dresser un état des immeubles du mari, puisque en sa qualité de propriétaire, il peut user et abuser. Quant aux propres de la femme, l'état que l'article 600 prescrit aurait de l'utilité, mais la loi n'impose pas cette obligation au mari. Par la même raison, le mari ne doit pas donner caution de jouir en bon père de famille. Ces obligations seraient peu compatibles avec l'autorité que le mari a comme seigneur et maître.

250. Le droit aux fruits des propres que la loi accorde à la communauté est-il un véritable usufruit? On demande d'abord si cette jouissance est un droit réel immobilier que le mari peut hypothéquer. Nous ajournons cette première difficulté au titre des *Hypothèques*, où est le siége de la matière. Il y a ensuite la difficulté de théorie que nous avons déjà rencontrée : quand l'article 1401 dit que la communauté se compose activement de tous les fruits des propres, cela veut-il dire que la communauté est une personne civile qui a l'usufruit des propres appartenant aux deux époux? Les auteurs sont divisés, et à les entendre, chacune des deux opinions impliquerait une absurdité. Ecoutons Toullier : « Eriger la communauté conjugale en personne morale, placée entre les deux époux, et ayant des droits distincts et séparés de chacun d'eux, c'est visiblement confondre toutes les notions en jurisprudence.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 292, § 507 (4e éd.).

La nouveauté d'une pareille doctrine, et ce n'est pas trop dire, les absurdités qui en seraient les conséquences suffiraient pour la faire proscrire. Il s'ensuivrait, par exemple, que, depuis le mariage, le mari ne régirait plus ses propres biens et n'en percevrait plus les revenus en qualité de propriétaire, mais seulement en qualité d'administrateur d'une personne morale (1). » Duranton répond : « Oui, il y a entre le mari et la femme un être moral, quoi qu'en dise Toullier; cet être moral a des intérêts séparés de ceux de chacun des époux, et ce n'est pas le mari qui est usufruitier des biens de la femme, car alors il serait aussi usufruitier des siens, ce qui choquerait avec raison Toullier : c'est la communauté. Ce n'est, sans doute, pas absolument l'usufruit dont il est parlé au second livre du code; il y a quelques légères différences, mais cela ne fait rien à la question (2). »

Il n'y a pas de personne civile sans texte. Ce n'est pas qu'il faille une loi déclarant en termes techniques que la communauté, par exemple, est une personne civile. Notre code ignore l'expression de *personne civile* ou *morale;* elle appartient à la doctrine. Mais, du moins, faut-il que la loi crée cet être fictif que les auteurs considèrent comme une personne, et il faut des raisons pour personnifier une abstraction, car la loi ne crée pas de fictions inutiles. Notre question se réduit donc à savoir si les dispositions du code sur les fruits qu'il attribue à la communauté impliquent nécessairement l'existence d'une personne morale, distincte des époux. Or, la loi ne dit pas que la communauté a l'usufruit ou la jouissance des propres, elle ne lui donne pas le nom d'*usufruitière;* l'article 1401 dit seulement de quoi se compose la société de biens qui se forme entre époux : elle se compose des meubles, des fruits et des conquêts. L'article 1403, qui parle de certains fruits ou produits, ne dit pas non plus que la communauté en est usufruitière ou qu'elle en a la jouissance; la loi dit que tels fruits ou produits tombent dans la communauté ou n'y tombent

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 81 et suiv., n° 82.
(2) Duranton, t. XIV, p. 106, n° 96. Comparez Proudhon, *De l'usufruit*, t. I, n° 279, p. 356.

pas. La loi considère donc la communauté, non comme une personne, mais comme une masse de biens, un fonds social. Le mari y apporte les mêmes biens que la femme, son mobilier et les fruits de ses propres. Jusqu'ici il n'y a aucune absurdité. Reste à savoir qui administrera ce fonds commun, qui en disposera? Ici la théorie de la loi change complétement : elle laisse de côté toute idée de société, elle proclame le mari seigneur et maître des biens communs, comme il l'est de ses biens propres. Les auteurs confondent les deux ordres d'idées, voilà pourquoi ils trouvent des absurdités. Il faut les distinguer, alors il n'y a plus rien d'absurde; les deux époux forment un fonds commun avec leur mobilier et les fruits de leurs propres, puis ils conviennent tacitement que le mari en aura la libre disposition. On voit que la communauté s'explique sans que l'on doive recourir à une fiction; le texte n'y prête pas, et la fiction est inutile; dès lors la fiction n'existe pas.

N° 2. APPLICATIONS.

I. *Des carrières et mines.*

251. Nous exposerons d'abord les règles que le code civil établit sur les mines et carrières; nous dirons ensuite quelle dérogation la loi du 7 avril 1810 sur les mines y a apportée. L'article 1403 dispose que les produits des carrières et mines tombent dans la communauté pour tout ce qui en est considéré comme usufruit, d'après les règles expliquées au titre de l'*Usufruit*. Le code renvoie à l'article 598; il en résulte que si les mines et carrières étaient en exploitation lors de la célébration du mariage, les produits entreront en communauté, et que la communauté n'a aucun droit aux mines et carrières non encore ouvertes. Quant aux motifs de la distinction, nous renvoyons à ce qui a été dit au titre de l'*Usufruit*; au point de vue de la communauté, elle s'explique facilement : l'époux qui exploite une mine ou une carrière au moment où il se marie a un propre qui produit certains revenus, lesquels, comme tous les revenus, tombent dans la communauté. Si l'époux

possède un fonds dans lequel se trouvent des substances minérales sans qu'il les exploite, il met en communauté, non une carrière ou une mine, mais un champ, une prairie, un bois; c'est d'un fonds de terre que la communauté aura l'usufruit; c'est donc un fonds de terre qui entrera en communauté pour la jouissance. Les substances minérales se confondant avec le fonds dans lequel elles se trouvent, restent propres, dans ce cas, à l'époux propriétaire du fonds. Il est libre, sans doute, d'ouvrir la mine et d'exploiter la carrière pendant le mariage, mais les produits ne tomberont pas en communauté, ils resteront propres à l'époux.

C'est ce que dit le dernier alinéa de l'article 1403 : « Si les carrières et mines ont été ouvertes pendant le mariage, les produits n'en tombent dans la communauté que sauf récompense ou indemnité à celui des époux à qui elle pourra être due. » Cette disposition n'est pas très-bien rédigée. La loi a l'air de dire que les produits de la mine et de la carrière tomberont en communauté; cela n'est pas, il y aurait contradiction à dire que des propres tombent en communauté. La loi veut dire que si, de fait, les produits sont versés dans la communauté, c'est-à-dire que si celle-ci en profite, elle en devra récompense. En quoi consistera la récompense et à qui est-elle due? Toute récompense implique une perte pour l'une des parties et un avantage pour l'autre. Il faut donc voir en quoi consiste le profit de la communauté. Si elle a fait des dépenses pour l'ouverture de la mine, elle les déduira du bénéfice qu'elle a fait sur les produits de la mine; c'est l'excédant qui constitue son profit. Mais elle éprouve aussi une perte si par suite de l'ouverture de la carrière ou de la mine, le fonds ne peut plus être cultivé, elle perd les fruits auxquels elle avait droit; l'époux propriétaire du fonds lui en doit compte, sinon il s'enrichirait aux dépens de la communauté, ce qui est contraire à un principe essentiel de notre régime. Maintenant on comprendra pourquoi la loi ne dit pas que l'indemnité sera due à l'époux propriétaire du fonds qui contient la mine; il n'est pas certain que cet époux aura droit à une indemnité. Si la communauté a été dissoute

après quelques années, il se peut que les dépenses faites pour l'ouverture de la mine excèdent le bénéfice que la communauté en a retiré de fait; dans ce cas, loin d'être créancier, le conjoint propriétaire sera débiteur. Voilà pourquoi l'article 1401 dit « sauf récompense à celui des époux à qui elle pourra être due »; cela dépend des comptes. Si l'époux est créancier, il aura droit à une récompense, car il s'agit de produits qui lui sont propres; il faut donc appliquer le principe qui régit les récompenses dues par la communauté aux époux quand elle a tiré un profit de leurs propres. Si l'époux était débiteur, il devrait une récompense. C'est l'application des principes que nous exposerons plus loin.

252. Les droits de la communauté sur les produits des mines et carrières que l'un des époux exploite dépendent d'un point de fait : à quelle époque la carrière ou la mine a-t-elle été ouverte? Des difficultés se sont présentées sur le point de savoir si des mines avaient été ouvertes avant le mariage ou pendant le mariage. Le mari alimentait un haut fourneau avec du minerai d'alluvion extrait du tréfonds de ses forêts, des fonds propres à lui ou appartenant à la communauté, ainsi qu'à sa femme. Ces extractions se faisaient par des puits creusés successivement et à ciel ouvert, tantôt à proximité les uns des autres, tantôt à de certaines distances. Après la mort du mari, ses héritiers prétendirent que les divers puits ouverts pendant son mariage formaient autant d'exploitations nouvelles, au produit desquelles la communauté n'avait aucun droit. Ces prétentions ont été rejetées. La cour de Besançon a jugé que les divers puits faisaient partie d'une seule et même exploitation; ce n'est pas telle ou telle partie des bois que le propriétaire exploitait pour alimenter son usine, il avait destiné tout le tréfonds de ses forêts à cet usage; l'exploitation une fois commencée devait donc s'étendre à tout le fonds. Cela décidait la question en faveur de la communauté (1).

253. La loi de 1810 a dérogé, à certains égards, au

(1) Besançon, 3 mars 1863 (Dalloz, 1863, 2, 49).

code civil. Comme la matière est toute spéciale, nous nous bornerons à constater les dérogations en renvoyant pour les détails à l'ouvrage de M. Colmet de Santerre (1); c'est le seul auteur qui ait approfondi ce sujet. Le code ne mentionne pas les mines et carrières dans la classification des biens; il considère donc les mines comme un accessoire du fonds, et immeubles à ce titre. D'après la loi du 21 avril 1810, la mine est un immeuble distinct du fonds où elle se trouve. Il faut une concession du gouvernement pour l'exploiter, à moins que l'exploitation ne se fasse à ciel ouvert. Le gouvernement accorde la concession à qui il veut; le propriétaire du fonds n'a aucun privilége sous ce rapport. Une fois concédée, la mine devient un immeuble distinct de la surface, quand même elle aurait été concédée au propriétaire du fonds.

Ces principes nouveaux ont modifié l'article 1403. La distinction du code subsiste. Il faut donc voir si la mine a été concédée avant le mariage ou pendant le mariage. Quand la mine a été concédée avant le mariage à un autre qu'à l'époux propriétaire du fonds, celui-ci n'y a aucun droit et, par conséquent, il n'en transmet aucun à la communauté; l'article 1403 reste sans application. Si la mine a été concédée à l'époux, c'est un immeuble à lui propre, qu'il soit ou non propriétaire de la surface; ce propre produit des revenus, lesquels tombent en communauté en vertu de l'article 1401, aux termes duquel les revenus, de quelque nature qu'ils soient, entrent en communauté. Il en serait ainsi quand même la mine concédée avant le mariage n'aurait été ouverte que pendant le mariage; ici il y a dérogation au code civil. L'article 1401 suppose que l'époux, au moment où il se marie, est propriétaire d'un champ contenant une mine. D'après la loi de 1810, l'époux concessionnaire est propriétaire d'un immeuble distinct de la surface, cet immeuble est destiné à produire, non des fruits, mais des substances minérales; celles-ci, constituant le revenu de l'immeuble, tombent en communauté.

Supposons maintenant que la mine soit concédée après

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 62, nº 28 *bis* II, III et IV.

le mariage et qu'elle se trouve dans un fonds appartenant à l'un des époux. Si un étranger est concessionnaire, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1403, puisque la mine n'appartient pas à l'époux propriétaire de la surface; ce n'est donc pas un propre, et il n'y a que les fruits des propres qui tombent dans la communauté. Si la mine est concédée à l'époux, on demande d'abord si elle forme un acquêt ou un propre; ce n'est pas un acquêt, puisqu'il n'est pas acquis des deniers de la communauté : une concession n'est pas une acquisition. C'est donc un propre. Ce propre produit des revenus qui, en vertu de l'article 1401, entrent en communauté. Ici il y a encore dérogation à l'article 1403. Le code suppose que pendant le mariage un champ est convert, en une exploitation de mines, et il décide que la communauté n'en profite pas. Cela n'est plus vrai, d'après la loi de 1810, que pour les mines qui s'exploitent à ciel ouvert, sans concession. Quand une mine est concédée, il n'y a pas transformation d'un champ en exploitation, il y a création d'un nouvel immeuble, acquisition d'un propre au profit de l'époux concessionnaire; ce propre est régi par les principes qui régissent tous les propres; il produit des revenus, donc ces revenus tombent en communauté.

II. *Des coupes de bois.*

254. L'article 1403 dit des coupes de bois ce qu'il dit des produits des mines et carrières; elles tombent dans la communauté quand la loi les considère comme des fruits, elles n'y tombent pas quand elles ne sont pas des fruits. Il faut donc recourir aux distinctions que la loi fait au titre de l'*Usufruit* : les coupes de bois taillis et celles des futaies mises en coupes réglées sont des fruits, sous la condition que la communauté observe l'aménagement, de même que l'usufruitier doit l'observer. Quand, d'après l'aménagement, un bois devait être coupé tous les vingt ans, et que le mari fait la coupe après quinze ans, cette anticipation de la coupe causera un dommage à la femme propriétaire du propre, si la communauté se dissout deux ans

après la coupe; car elle trouvera un bois de deux ans, tandis qu'elle aurait dû trouver un bois de dix-sept ans : elle aura droit, de ce chef, à une indemnité (1). Par contre, si le mari ne fait pas la coupe après vingt ans, la communauté aura droit à une récompense, aux termes de l'article 1403, lequel déroge, sous ce rapport, au droit commun (n° 247).

255. Le mari est institué légataire en usufruit des biens de sa femme; il fait, depuis la dissolution de la communauté et l'ouverture du legs, des coupes qui auraient dû être faites pendant le mariage : doit-il une indemnité, de ce chef, en vertu de l'article 1403? La cour de cassation a décidé la question affirmativement. On invoquait, en faveur du mari usufruitier, l'article 585, c'est-à-dire la règle, mais cette règle reçoit exception, quand la communauté a eu l'usufruit avant le mari; elle a un droit à la coupe que le mari légataire de l'usufruit peut lui enlever sans violer l'article 585. On objectait encore que, dans l'espèce, l'indemnité était réclamée par les héritiers de la femme, propriétaires du fonds; tandis que, d'après l'article 1403, l'indemnité est due à l'époux *non propriétaire* ou à ses héritiers. En réalité, comme nous l'avons dit, l'indemnité est due à la communauté (n° 247); elle peut, par conséquent, être réclamée par tous ceux qui ont droit aux biens dont elle doit se composer (2).

256. La récompense suppose une perte, puisque c'est une indemnité, et il n'y a pas de dommages-intérêts sans dommage causé. C'est une question de fait. Nous avons dit qu'il y a lieu à récompense lorsque la communauté fait une coupe anticipée. Cela suppose qu'elle s'avantage aux dépens du propriétaire du fonds. Dans l'espèce suivante, il a été jugé qu'il n'y avait pas lieu à récompense. Le mari, propriétaire du fonds, avait aménagé ses coupes de manière qu'un certain nombre de baliveaux étaient laissés sur pied en sus du nombre réservé par l'ordonnance des eaux et forêts, et étaient compris dans la coupe suivante; ses héritiers réclamèrent une indemnité de ce chef, la commu-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 58, n° 27 *bis* I.
(2) Rejet, 7 novembre 1822 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 696).

nauté ayant profité de baliveaux auxquels elle n'avait pas droit. Cela était vrai, mais il était vrai aussi que la communauté n'avait pas profité des bois taillis qui lui appartenaient : ces arbres avaient-ils perdu leur qualité de fruits pour avoir été laissés sur pied? Dans un usufruit ordinaire, on aurait pu dire à l'usufruitier qu'il avait fait ce qu'il n'avait pas le droit de faire et qu'il n'avait pas fait ce qu'il pouvait faire. En matière de communauté, il faut toujours tenir compte de l'exception que l'article 1403 apporte au droit commun : en fait, la communauté ne s'était pas avantagée, donc elle ne devait pas de récompense (1).

§ III. *Des conquêts.*

N° 1. DES IMMEUBLES ACQUIS A TITRE ONÉREUX PENDANT LE MARIAGE.

257. Aux termes de l'article 1401, la communauté se compose activement, 3° de tous les immeubles qui sont acquis pendant le mariage. Le code donne indifféremment à ces immeubles le nom d'acquêts de communauté (art. 1404) et celui de conquêts (art. 1408). Dans l'ancien droit, on se servait du mot de *conquêts* pour désigner les acquisitions faites par des époux communs en biens ; on employait le mot d'*acquêts*, en matière de succession, pour l'opposer aux *propres* ; il y avait des héritiers différents pour les propres et pour les acquêts, et les conquêts se partageaient entre les époux communs en biens. Ces distinctions ont disparu par suite de l'abrogation de la règle coutumière qui réservait les propres paternels aux parents paternels et les propres maternels aux parents maternels. Dès lors la différence entre les conquêts et les acquêts n'avait plus de raison d'être (2).

L'article 1401 dit : *tous* les immeubles. Cela est trop absolu. D'abord il faut ajouter une restriction en ce qui concerne le mode d'acquisition : il n'y a que les immeubles acquis à titre onéreux qui soient des conquêts. Puis tous

(1) Rejet, 31 mars 1824 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 698).
(2) Duranton, t. XIV, p. 215, n° 153. Rodière et Pont, t. I, p. 413, n° 495.

les immeubles acquis à un titre onéreux ne sont pas des conquêts; en traitant des propres, nous dirons quels sont les immeubles qui n'entrent pas en communauté, quoiqu'ils soient acquis à titre onéreux. Enfin il y a des immeubles qui entrent en communauté, quoiqu'ils soient acquis avant le mariage. Nous reviendrons plus loin sur cette exception.

La loi ne pose donc qu'une règle générale dans le n° 3° de l'article 1403. Pourquoi fait-elle entrer dans la communauté les immeubles conquêts, quoique, de droit commun, les immeubles en soient exclus? Si les immeubles acquis pendant le mariage tombent dans la communauté, c'est par suite d'une espèce de remploi; ils sont achetés avec les deniers de la communauté, c'est-à-dire avec les économies que les époux font sur les revenus qui entrent dans leur société de biens; il est juste que les immeubles qui remplacent des deniers communs soient aussi communs.

258. La loi ne dit pas par qui l'acquisition doit être faite. Régulièrement elle se fera par le mari, puisque lui seul administre la communauté, et acheter est un acte d'administration. La femme étant étrangère à l'administration, il arrivera rarement qu'elle figure comme acquéreur. Toutefois il n'en faudrait pas conclure qu'un immeuble acquis par la femme n'entre pas en communauté. La loi ne distingue pas entre le mari et la femme, et on ne doit pas perdre de vue qu'ils sont associés, quoique la femme reste étrangère à la gestion des intérêts communs; l'acquisition faite par elle est donc une acquisition faite par un associé au nom de la société, donc elle doit entrer dans le fonds social (1).

Nous disons que l'acquisition faite par l'un des époux est un conquêt, par la raison qu'elle forme une espèce de remploi, le prix étant payé des deniers de la communauté. Il en serait ainsi alors même que les deniers seraient propres à l'un des époux, par exemple s'ils provenaient de la vente d'un propre. Les deniers sont des choses consomptibles; il s'ensuit que la communauté en acquiert la

(1) Troplong, t. I, p. 192, n° 491. Rodière et Pont, t. I, p. 414, n° 499.

propriété comme usufruitière, bien que ce soit avec charge de restitution. L'immeuble acquis des deniers propres est donc en réalité acquis des deniers communs, sauf la récompense qui est due à l'époux propriétaire. Il n'y a d'exception à cette règle que lorsque l'acquisition est faite à titre de remploi au profit de l'époux propriétaire de l'immeuble vendu ; nous dirons plus loin quelles sont les conditions requises pour qu'il y ait remploi. Le remploi est une exception ; dès que l'on n'est pas dans les termes de l'exception, on rentre dans la règle. La règle est donc que toute acquisition faite par l'un des époux à titre onéreux, pendant le mariage, est un conquêt.

259. L'un des époux a une créance à lui propre ; le débiteur lui cède un immeuble en payement. Cette dation en payement forme-t-elle un propre ou un conquêt? Il faut décider, et sans doute aucun, que c'est un conquêt. En effet, la dation en payement est une vente, en ce sens qu'elle a généralement tous les effets d'une vente. Donc c'est une acquisition faite par l'un des époux pendant le mariage, qui doit tomber en communauté, sauf récompense. Cela décide la question ; la communauté deviendra propriétaire à charge de rembourser à l'époux créancier le montant de sa créance. Cette décision est confirmée par l'article 1406, aux termes duquel l'immeuble cédé par un ascendant à l'un des époux, pour le remplir de ce qu'il lui doit, n'entre point en communauté. C'est une exception au droit commun que nous expliquerons plus loin ; l'exception implique qu'en vertu de la règle la dation en payement aurait formé un conquêt ; l'exception suppose donc la règle et la confirme. Il y a encore une autre exception : la dation en payement étant assimilée à une vente, elle peut se faire à titre de remploi, au moins dans l'opinion générale qui admet le remploi quand l'acquisition se fait avec des deniers propres. Nous examinerons cette question en traitant du remploi (1).

260. L'un des époux est nu propriétaire d'un immeuble ; l'usufruitier vend son droit à cet époux ou aux deux

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 294, note 42, § 507. Cassation, 26 juillet 1869. (Dalloz, 1869, 1, 455.)

époux : on demande si cette acquisition constitue un conquêt. La cour de cassation a décidé la question affirmativement par un arrêt très-bien motivé; le pourvoi avait été admis par la chambre des requêtes et la chambre civile ne le rejeta qu'après un délibéré en la chambre du conseil. C'est dire qu'il y a des motifs de douter.

La cour prend pour point de départ la règle établie par l'article 1401, n° 3 : *tout* immeuble acquis pendant le mariage est un conquêt. Cette règle, conçue dans les termes les plus généraux, doit recevoir son application, à moins que la loi n'y apporte une exception formelle. Or, la loi ne fait pas exception à la règle pour l'acquisition, pendant le mariage, de l'usufruit d'un immeuble dont l'un des époux avait la nue propriété. Cela décide la question. On objecte qu'il y a des articles qui consacrent l'exception que nous prétendons ne pas exister. Nous écartons d'abord l'article 1408 que l'on a invoqué devant la cour de cassation; il est bien certain que cette disposition est étrangère au débat. Aux termes de l'article 1408, l'acquisition faite pendant le mariage de *portion* d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire *par indivis* ne forme pas un conquêt. On dit que l'usufruit étant un démembrement de la propriété, l'époux nu propriétaire qui achète l'usufruit acquiert réellement une *portion* de l'immeuble, et la nue propriété et l'usufruit étant des fractions de la propriété, il y a une espèce d'indivision entre le nu propriétaire et l'usufruitier. Il est facile de répondre à l'objection. Non, l'usufruit n'est pas une *portion* de l'immeuble, c'est un droit réel, distinct, séparé de l'immeuble; et si l'usufruitier a des rapports avec le nu propriétaire, on n'en peut pas induire qu'il y ait indivision entre eux. Nous renvoyons, sur ce point, à ce qui a été dit au titre de l'*Usufruit*. Le texte de l'article 1408 n'est donc pas applicable à notre espèce et l'esprit de la loi ne laisse aucun doute. Pourquoi, dans le cas de l'article 1408, l'acquisition de l'immeuble indivis est-elle un propre? Parce que pendant l'indivision l'époux copropriétaire avait un droit indivis sur tout l'immeuble, il n'était pas plus propriétaire de l'une des parties que de l'autre; l'effet de l'acquisition par l'époux

est de réunir ces diverses parties et d'en opérer définitivement la confusion sur sa tête. Il en est tout autrement dans notre hypothèse. L'époux était nu propriétaire et il reste nu propriétaire, alors même que l'acquisition de l'usufruit se ferait en son nom, car cette acquisition faite pendant le mariage ne profite pas à l'acquéreur comme tel, elle profite à l'époux, c'est dire qu'elle appartient à la communauté; celle-ci ne devient pas usufruitière, l'usufruit continue à subsister sur la tête du titulaire; nous ne sommes donc pas dans le cas de l'exception prévue par l'article 1408, par conséquent nous restons sous l'empire de la règle établie par l'article 1401.

L'article 1437 fournit une objection plus sérieuse : il porte que toutes les fois qu'il est pris sur la communauté une somme pour le rachat de services fonciers, l'époux en doit la récompense. Ainsi quand l'époux propriétaire d'un immeuble grevé d'une servitude le rachète, ce rachat profite à l'époux, son héritage est affranchi de la servitude, il lui reste propre en entier, libéré de la charge qui le grevait. N'en doit-il pas être de même si son fonds est grevé d'un usufruit? L'usufruit est aussi une servitude, donc l'acquisition de l'usufruit n'est que le rachat d'une charge; l'immeuble dégrevé de cette charge doit donc appartenir en propre à l'époux qui en était nu propriétaire. Cette argumentation s'appuie sur une grande autorité : c'était la doctrine de Dumoulin, suivie par Pothier; de sorte que la tradition semble d'accord avec le texte de la loi pour rejeter l'opinion que la cour de cassation a consacrée. Nous croyons que Dumoulin et Pothier se sont trompés et que le texte de l'article 1437 ne dit pas ce qu'on lui fait dire. Sans doute l'usufruit est une servitude, quoique le code ne lui donne pas ce nom; est-ce à dire que l'on doive appliquer à l'usufruit ce que l'article 1437 dit des services fonciers? Il y a une différence entre l'usufruit et les servitudes réelles, et elle est capitale dans notre débat; l'usufruit est un démembrement de la propriété, qui subsiste indépendamment d'elle; il repose sur une tête différente jusqu'à son extinction; tandis que les servitudes réelles sont une qualité active ou passive du fonds, inséparables

de l'héritage qu'elles grèvent, ou au profit duquel elles sont établies. Lors donc qu'une servitude est rachetée, le rachat profite nécessairement au propriétaire du fonds qui en est grevé; l'acquéreur ne peut pas dire que la charge existe à son profit, car la charge ne peut pas exister sans le fonds au profit duquel elle était établie; le rachat de la servitude l'éteint donc définitivement : c'est dire que le propriétaire du fonds qui en était grevé le possède maintenant libre de toute charge. Il en est tout autrement quand un usufruit est acheté : l'usufruit repose sur la tête du vendeur et il ne prend fin qu'avec sa vie, l'acquéreur en a l'exercice tant que l'usufruit dure. Et qui est acquéreur dans l'espèce? C'est la communauté au nom de laquelle l'acquisition s'est faite (1).

Il nous reste à déduire les conséquences qui découlent de l'opinion admise par la cour de cassation. Proudhon l'a fait avec la rigueur qui le distingue. L'usufruit est acheté pendant le mariage par le nu propriétaire ou par les deux époux. Que devient le droit d'usufruit? Il continue à reposer sur la tête de l'usufruitier qui en a seulement aliéné l'utilité. Si l'usufruitier vient à mourir pendant la durée de la communauté au profit de laquelle il avait été acquis, le droit sera éteint pour elle comme il le serait pour tout autre acquéreur; il n'y aura donc ni reprise, ni compte à régler par suite de cette acquisition entre les époux ou leurs héritiers lors de la dissolution de la communauté. Si, au contraire, l'usufruitier en titre survit à la dissolution de la communauté, le droit d'usufruit subsistera, il sera compris dans la masse partageable, comme tous les autres acquêts; la femme ou ses héritiers en auront la moitié; et si la femme renonce, il restera en totalité au mari (2).

261. Le mari assure un conquêt : le droit éventuel

(1) Rejet, 16 juillet 1845 (Dalloz, 1845, 1, 321). C'est l'opinion de la plupart des auteurs. Voyez les témoignages dans Aubry et Rau, t. V, p. 295, note 44. Il faut ajouter Marcadé, qui avait soutenu l'opinion contraire devant la cour de cassation (t. V, p. 487, n° VII de l'article 1408). En sens contraire, Duranton, Zachariæ, Odier et Troplong. Comparez la note de Dalloz sur l'arrêt de la cour de cassation.

(2) Proudhon, *De l'usufruit*, t. V, p. 497, n° 2681.

à l'indemnité en cas d'incendie appartient-il à la communauté? Sur ce point, il n'y a aucun doute : l'immeuble étant commun, l'indemnité qui en représente la valeur appartient également à la communauté, c'est-à-dire, dans notre opinion, aux deux époux associés, donc pour moitié à la femme. La communauté se dissout par la séparation de corps; le droit éventuel à la moitié de l'indemnité reste à la femme. Ce point encore n'est point douteux. Mais il arrive que le mari incendie volontairement l'immeuble postérieurement à la séparation de corps, et, par suite, il est déchu de son droit à l'indemnité. Cette déchéance peut-elle être opposée à la femme? Non, car elle est la conséquence d'un crime, donc tout à fait personnelle au mari coupable. De là suit que la compagnie reste tenue de payer à la femme sa part dans l'indemnité, sauf son recours contre le mari. La compagnie objectait que la communauté n'étant pas liquidée, la femme n'avait pas le droit d'agir; cette fin de non-recevoir n'a pas été admise par la cour de Nancy (1); la difficulté est de savoir si celui qui a un droit indivis peut agir pendant l'indivision; nous l'avons examinée en traitant du partage (t. X, n[os] 212 et suiv.).

N° 2. DES IMMEUBLES ACQUIS DEPUIS LE CONTRAT DE MARIAGE ET AVANT LA CÉLÉBRATION DU MARIAGE.

262. L'article 1404, après avoir posé comme règle que les immeubles possédés par les époux au jour de la célébration du mariage leur restent propres, ajoute : « Néanmoins, si l'un des époux avait acquis un immeuble depuis le contrat de mariage, contenant stipulation de communauté, et avant la célébration du mariage, l'immeuble acquis dans cet intervalle entrera dans la communauté. » Quelle est la raison de cette disposition? Duranton répond : « En droit pur, l'immeuble ne devrait pas entrer en communauté, puisqu'il appartenait à l'époux au jour de la célébration du mariage. Il y entre à titre d'indemnité. Sans cela, l'un des époux qui possédait du mobilier sur lequel l'autre

(1) Nancy, 30 mai 1856 (Dalloz, 1856, 2, 252).

avait compté comme devant entrer dans la communauté, aurait pu facilement faire fraude à son conjoint. » La plupart des auteurs admettent cette explication : la disposition dérogatoire au droit commun, dit-on, a pour objet de prévenir les surprises que l'un des époux pourrait commettre au préjudice de l'autre (1). Il y a, en effet, une dérogation au droit commun, en ce sens qu'un immeuble, quoique possédé par l'un des époux lors de la célébration du mariage, entre en communauté ; le mot *néanmoins* qui commence l'alinéa de l'article 1404 indique qu'il s'agit d'une exception à la règle qui est établie par le premier alinéa. Mais, sous un autre rapport, cette exception est l'application du principe général qui défend aux époux de faire des changements à leurs conventions matrimoniales sans observer les formes et les conditions que la loi prescrit (art. 1396). Or, quand le contrat de mariage stipule la communauté, il stipule par cela même que toutes les valeurs mobilières que l'époux possède lors du contrat entreront en communauté ; convertir ces valeurs en immeubles, c'est changer les conventions matrimoniales, en ce sens qu'elles n'auront pas l'effet qu'elles devaient avoir. Le régime reste sans doute le même ; mais pourquoi les époux ont-ils adopté ce régime? Pour que les valeurs mobilières possédées par chacun d'eux forment le fonds social. Si l'un d'eux convertit ces valeurs en immeubles, il y a un changement si radical, que l'on peut douter que l'autre époux y eût consenti et eût contracté. C'est comme une clause de réalisation de tout ou partie du mobilier présent de l'époux ; il est certain qu'il ne pourrait le réaliser par une clause expresse, pas même avec le consentement de son conjoint, sinon dans la forme d'une contre-lettre ; il ne le peut pas davantage, et moins encore par des achats d'immeubles qu'il ferait sans le concours de son conjoint. Ce n'est donc pas pour prévenir la fraude ou la surprise que la loi décide que l'immeuble est conquêt, comme l'auraient été les deniers avec lesquels il a été acheté ; c'est parce que l'époux a apporté un changement

(1) Duranton, t. XIV, p. 245, n° 183. Aubry et Rau, t. VI, p. 295, note 45, § 507.

à son contrat sans observer les formes prescrites pour la validité des contre-lettres; le changement est nul à l'égard du conjoint, donc la valeur qui devait entrer en communauté en vertu des conventions matrimoniales doit y entrer sous forme d'immeuble, l'immeuble prend la place des deniers. En ce sens, l'article 1408 n'est pas une exception, puisqu'il ne fait qu'appliquer le principe de l'article 1396. De là suit que cette disposition est tout ensemble une exception et l'application d'une règle générale; en tant qu'elle dérive de la règle de l'article 1396, on peut l'appliquer par analogie, parce que c'est toujours la règle qui reçoit son application (1).

263. La loi suppose que l'immeuble est acquis dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage de la célébration du mariage. Elle ne distingue pas si l'intervalle a été plus ou moins long. La cour de Paris en a conclu que l'article 1404 devait être appliqué, alors même qu'un intervalle de seize ans s'était écoulé entre le contrat et la célébration de l'union conjugale. Là où la loi ne distingue pas, a-t-on dit, l'interprète ne peut pas distinguer. Soit. Mais il y avait, dans l'espèce, un autre motif de douter. Le contrat de mariage stipulait la communauté d'acquêts; le mobilier présent était réalisé, à l'exception d'une somme de 400 francs; dans le long intervalle qui s'écoula entre le contrat et le mariage, le futur époux acheta des immeubles avec une partie de la somme de 30,000 francs, argent comptant et créances, qu'il s'était constituée en dot. La cour a jugé qu'il y avait lieu d'appliquer l'article 1404. Si la loi n'avait pour objet que de prévenir une fraude ou un préjudice, il eût fallu décider, dans l'espèce, que les immeubles resteraient propres, comme l'auraient été les deniers dotaux. Mais si l'on admet que l'article 1404 est une application de l'article 1396, la décision de la cour de Paris est juste; car il y a changement au contrat, en ce sens qu'une dot mobilière est remplacée par une dot immobilière; par suite les revenus de la communauté diminuent; ses droits mêmes sont altérés, puisque les deniers,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, 65, n° 32, et p. 66, n°s 32 *bis* I et II.

étant chose consomptible, seraient entrés en communauté, tandis que les immeubles en étaient exclus. Donc il y a changement sans les conditions voulues par la loi; ce changement est nul, d'après l'article 1396, ce qui permet d'appliquer l'article 1404 (1).

264. L'article 1404 déclare conquêt l'immeuble acquis *depuis le contrat de mariage* contenant stipulation de communauté. Il faut donc que les futurs époux aient fait un contrat; s'ils se sont mariés sans contrat, ils seront, à la vérité, mariés sous le régime de communauté, et ils le seront en vertu d'une convention tacite; mais une convention tacite ne suffit point pour que l'article 1404 reçoive son application, il faut un acte devant notaire. Les auteurs sont d'accord sur ce point, et ils le décident ainsi en se fondant sur le caractère exceptionnel de la loi (2). Nous admettons l'opinion générale, mais par un autre motif. La disposition de l'article 1404 est, à notre avis, une conséquence de l'article 1396 : c'est un changement fait aux conventions matrimoniales sans les formes que la loi prescrit; or, l'article 1396, suite des articles 1394 et 1395, suppose des conventions matrimoniales reçues par un acte notarié; il ne peut y avoir de *contre-lettre* sans *lettre;* il ne peut pas davantage y avoir de changement aux conventions matrimoniales quand ces conventions ne sont pas rédigées par acte authentique. Lors même que les époux seraient convenus verbalement d'adopter le régime de communauté, il n'y aurait pas lieu d'appliquer l'article 1404 si l'un des futurs époux manquait à cet engagement en convertissant ses valeurs mobilières en immeubles avant la célébration du mariage; il manque à sa parole, mais il ne fait pas de changement à un contrat qui n'existe point.

265. On suppose que l'immeuble a été acquis avant le contrat de mariage qui stipule la communauté : y a-t-il lieu d'appliquer l'article 1404 et de déclarer cet immeuble conquêt? Non, et par le même motif que nous venons d'expliquer. Dans l'opinion générale, on dit que la disposition

(1) Paris, 6 décembre 1855 (Dalloz, 1856, 2, 28). Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 418, n° 502.

(2) Rodière et Pont, t. I, p. 417, n° 500, et tous les auteurs.

exceptionnelle de l'article 1404 ne peut pas être étendue(1); nous disons qu'il ne peut pas y avoir de changement à un contrat qui n'existe pas encore. La loi, entendue d'après l'opinion commune, est peu logique; car il peut y avoir fraude et surprise avant le contrat comme après le contrat, et il peut y en avoir alors qu'il n'y a pas d'acte notarié, aussi bien que lorsqu'il y a un acte devant notaire. Tout s'explique quand on rattache la disposition de l'article 1404 à celle de l'article 1396.

266. L'article 1404 ajoute: « A moins que l'acquisition n'ait été faite en exécution de quelque clause du contrat de mariage, auquel cas elle serait réglée suivant les conventions. » Dans l'interprétation généralement suivie, on dit que l'époux ne fait pas fraude au contrat en l'exécutant. Nous disons que les clauses du contrat ne peuvent pas être une contre-lettre. On appelle cette convention clause d'emploi; la dot est promise en argent, mais avec stipulation que la dot mobilière sera convertie en immeubles. Cela est avantageux à la femme, car les immeubles ainsi acquis en vertu du contrat lui resteront propres, tandis que les deniers dotaux seraient tombés en communauté; à la vérité, les propres de la femme peuvent être aliénés et hypothéqués sous le régime de communauté, mais du moins ils ne peuvent l'être sans son consentement. Il va de soi que l'on peut aussi stipuler que les immeubles achetés en vertu de la clause d'emploi entreront en communauté, c'est pour cela que la loi ne décide rien quant à la nature de ces immeubles : ils seront propres ou conquêts, comme les époux l'auront voulu (2).

267. Pothier prévoit le cas où un immmeuble serait donné à l'un des époux après le contrat et avant la célébration du mariage; il décide que cet héritage n'entrera pas en communauté, parce que l'acquisition ne fait aucune fraude à l'autre conjoint, qui n'a pas dû compter sur cet héritage. Les auteurs modernes adoptent cette décision, qui ne saurait être douteuse, quelque interprétation que

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 296 et note 47, § 507, et les auteurs qu'ils citent.

(2) Troplong, t. I, p. 206, n° 575.

l'on donne à l'article 1404 (1). Dans notre opiniou, on dit que les donations ne sont pas une contre-lettre, que, par suite, il n'y a pas lieu d'appliquer l'article 1404 qui n'est qu'une conséquence de la disposition concernant les conventions.

268. Il reste une dernière question qui est très-controversée. Le contrat contient stipulation de communauté ; après le contrat et avant la célébration du mariage, l'un des conjoints vend des immeubles à lui propres : les deniers provenant de la vente ou le droit au prix entreront-ils en communauté? Si l'on admet l'interprétation que nous avons donnée de l'article 1404, la solution n'est pas douteuse. Les immeubles vendus devaient rester propres à l'époux en vertu du contrat de mariage; il y aurait changement aux conventions matrimoniales si des valeurs qui devaient être propres entraient en communauté; partant il y a lieu d'appliquer l'article 1396 dont l'article 1404 n'est qu'une conséquence : c'est dire que l'article 1404 peut et doit être appliqué par analogie. On fait plus d'une objection. Nous écartons celle qui se fonde sur le caractère exceptionnel de l'article 1404 (2); dans notre opinion, l'article 1404 ne fait qu'appliquer le droit commun. Par cela même, une autre objection tombe, c'est que la vente d'un propre ne fait pas fraude à l'autre époux ni à la communauté, puisque, loin d'y perdre, le conjoint y gagne, en ce sens que la communauté s'enrichit du prix (3). S'il est vrai, comme nous le disons, que l'article 1404 ne fait qu'appliquer l'article 1396, le point de savoir s'il y a fraude ou non devient indifférent; tout changement fait aux conventions matrimoniales est nul, alors même qu'il y aurait concours de consentement des deux époux; donc l'article 1404 est applicable, par cela seul que les conventions matrimoniales sont changées. Ici est le vrai nœud de la difficulté : y a-t-il changement lorsque des valeurs immobilières appartenant à l'époux lors du contrat sont converties en valeurs mobi-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 281. Rodière et Pont, t. I, p. 419, n° 504.
(2) Marcadé, t. V, p. 462, n° I de l'article 1404.
(3) Toullier, t. VI, 2, p. 179, n° 171.

lières avant la célébration du mariage? On le conteste; le contrat reste le même, dit-on; il ne stipule pas que telles valeurs seront propres aux époux ou entreront en communauté, il porte que les immeubles seront propres et que le mobilier sera commun; il n'y a donc rien de changé lorsqu'il entre plus ou moins de mobilier dans la société de biens formée par les époux (1). Nous avons d'avance répondu à l'objection (n° 262); quand des valeurs mobilières sont converties en immeubles, cela équivaut à une clause de réalisation, ce qui est certes un changement; par la même raison, il y a changement lorsque des valeurs immobilières sont mobilisées; si l'époux veut faire ce changement, il doit observer les formes prescrites pour les contre-lettres (2). A l'appui de notre interprétation, nous invoquerons l'autorité de Pothier; il dit que la conversion des immeubles en deniers serait un moyen d'avantager le conjoint, et que c'est pour empêcher ces avantages indirects que les coutumes déclarent nulles toutes contre-lettres au contrat de mariage (3). Notre conclusion est que le prix de l'immeuble propre restera propre à l'époux qui le vend dans l'intervalle entre le contrat et la célébration du mariage.

N° 3. DES IMMEUBLES ACQUIS A TITRE GRATUIT.

269. L'acquisition à titre gratuit faite pendant le mariage est-elle, en principe, un conquêt ou un propre? Dans l'ancien droit, on la considérait comme un conquêt; il n'y a si bel acquêt que de don, disait le proverbe. On faisait exception à cette règle pour les immeubles donnés par un ascendant à l'un des conjoints; c'était un avancement d'hoirie, une succession anticipée, partant les biens devaient rester propres au donataire, comme ils lui seraient propres s'il les recueillait par hérédité (4).

Est-ce que tel est aussi le principe de notre droit moderne?

(1) Mourlon développe cette objection (*Répétitions*, t. III, p. 14, note 2).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 68, n° 32 *bis* IV.
(3) Pothier, *De la communauté*, n° 281. Comparez Troplong, t. I, p. 162, n° 364, et p. 266, n° 572.
(4) Troplong, t. I, p. 212, n°s 605 et 606.

Il est certain que l'article 1405 déroge à l'ancien droit en disposant que les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des deux époux ne tombent point en communauté, tandis que, dans l'ancien droit, ces donations tombaient en communauté, à moins qu'elles ne fussent faites par un ascendant. Mais quelle est la portée de cette dérogation? Est-ce un nouveau principe? la donation forme-t-elle, en règle générale, un propre dans la théorie du code? ou la règle est-elle que les donations forment un conquêt, sauf l'exception prévue par l'article 1405? La question est très-controversée et elle est douteuse.

Nous croyons que la donation forme, en principe, un conquêt. L'article 1401 le décide ainsi en disposant que les immeubles *acquis pendant le mariage* tombent en communauté; la loi ne distingue pas à quel titre les biens sont acquis, donc il faut dire qu'elle s'applique à l'acquisition à titre gratuit aussi bien qu'à l'acquisition à titre onéreux (1). L'article 1401 serait décisif si ce n'était l'article 1402 qui est ainsi conçu : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de *succession* ou *donation.* » La loi, dit-on, met sur la même ligne la *donation* et la *succession;* or, les immeubles échus par hérédité sont toujours des propres, donc il en doit être de même des immeubles donnés. Nous croyons que cette interprétation fait dire à la loi ce qu'elle ne dit point et ce qu'elle n'a pas entendu dire. Quel est l'objet de l'article 1402? C'est de décider une question de preuve : doit-on, dans le doute, réputer l'immeuble conquêt ou propre? Telle est la seule question que le législateur a voulu décider dans l'article 1402; or, il ne faut jamais chercher dans la loi la décision de difficultés que le législateur n'a pas eues en vue, sinon on aboutit à lui faire dire ce qu'il n'a pas entendu dire. Il s'agit de savoir si la donation forme un propre ou

(1) Liége, 11 mars 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 304). Toullier, t. VI, 2, p. 144, nº 135.

un conquêt. Quel est l'article qui répond à notre question? C'est l'article 1401, n° 3, ce n'est pas l'article 1402. Ce dernier article suppose seulement qu'il y a des immeubles donnés qui restent propres; en effet, d'après l'article 1405, sont propres les immeubles donnés à l'un des époux; c'est à cette disposition que l'article 1402 renvoie, et il ne pouvait renvoyer qu'à celui-là. Quelle est l'hypothèse prévue par l'article 1402? L'un des époux prétend, lors de la liquidation de la communauté, que tel immeuble lui appartient comme lui ayant été donné pendant le mariage; il est admis à le prouver en vertu des articles 1402 et 1404. C'est donc un cas particulier que la loi décide dans l'article 1405 et auquel elle renvoie dans l'article 1402. Cela est décisif. L'esprit de la loi est en harmonie avec cette interprétation. Les auteurs du code ont suivi la tradition dans la matière des conventions matrimoniales; c'est donc la doctrine traditionnelle qui est la règle; les dispositions qui y dérogent sont des exceptions et doivent être interprétées comme telles (1).

270. La donation d'un immeuble faite à l'un des époux pendant le mariage est un propre. Telle est l'exception que l'article 1405 apporte à l'ancien droit. Quel est le motif de cette dérogation? Les raisons que l'on donne sont loin d'être déterminantes : « Une donation d'immeubles faite à l'un des époux renferme en elle la pensée que l'autre conjoint n'en doit pas profiter. » C'est une affirmation, mais affirmer n'est pas prouver. Les coutumes disaient le contraire et nous croyons qu'elles étaient plus dans le vrai. On oublie que l'époux donataire est commun en biens; donner à cet époux, n'est-ce pas lui donner à titre d'époux, c'est-à-dire d'associé, donc à la communauté? On ajoute que les immeubles ne se communiquent pas facilement (2). Dans l'ancien droit, cela était bien plus vrai que dans notre droit moderne, et néanmoins les immeubles donnés à l'un des époux entraient en communauté. Pourquoi? Parce que c'était une acquisition et non un héritage ve-

(1) Odier, t. I, p. 128, n° 125.
(2) Troplong, t. I, p. 213, n° 610.

nant de la famille, à moins que le donateur ne fût un ascendant, alors l'immeuble donné était un propre de succession et, par conséquent, un propre de communauté. Le système des coutumes était plus logique que celui du code civil.

L'article 1405 dit que les immeubles donnés à l'un des époux appartiennent au donataire seul, à moins que la donation ne stipule expressément que la chose donnée appartiendra à la communauté. Il faut une déclaration expresse, parce que c'est par exception que l'immeuble donné à l'un des époux entre en communauté, et toute exception doit être formulée en termes exprès. Qu'entend-on par le mot *expressément?* Nous avons souvent rencontré ce terme; dans notre opinion, il signifie une déclaration faite par paroles, donc il ne suffit pas d'une volonté tacite.

271. Que faut-il décider si l'immeuble est donné aux deux époux conjointement et sans indication de parts? Sera-t-il propre ou conquêt? Notre solution est préjugée par ce que nous venons de dire (n° 268). S'il est vrai que la donation forme, en règle générale, un conquêt, il faut dire que l'article 1405 déroge à la règle et, par conséquent, qu'il est de stricte interprétation. Dès que l'on n'est plus dans l'exception d'un immeuble donné à l'un des époux, on rentre dans la règle; donc l'immeuble donné aux deux époux est un conquêt. Le texte et les principes confirment cette interprétation. L'article 1405 est rédigé dans des termes très-restrictifs : « Les donations d'immeubles qui *ne sont faites* pendant le mariage *qu'à l'un des deux époux* ne tombent point en communauté. » N'est-il pas naturel de conclure de là que la donation ne forme un propre que dans le cas prévu par l'article 1405? Cela suppose une règle générale à laquelle l'article 1405 déroge; la règle, dans notre opinion, est écrite dans l'article 1401, n° 3. Le rapport qui existe entre le code civil et l'ancien droit confirme cette interprétation. Dans les coutumes, toute donation formait un conquêt, sauf celle que l'ascendant faisait à son descendant. Le code déroge à l'ancien droit, mais les termes restrictifs de l'article 1405 n'impliquent-ils pas que cette dérogation concerne uniquement

la donation faite à l'un des époux? Nous croyons que les principes conduisent à la même conclusion. Quand l'immeuble est donné à l'un des époux, on peut voir un titre personnel dans la donation et partant un propre; mais quand la donation est faite à deux époux conjointement, l'intention du donateur n'est pas de gratifier deux donataires, chacun pour moitié; son intention est de gratifier des époux communs en biens. Or, gratifier les deux époux, c'est gratifier la communauté. En effet, la communauté n'est pas autre chose que les deux époux associés. Il y a plus. Le donateur qui veut gratifier la communauté ne peut le faire qu'en donnant aux deux époux, il ne peut pas donner à la communauté, puisque la communauté n'est pas une personne civile capable de recevoir; le seul moyen légal de donner à la communauté, c'est de donner aux deux époux; donc, en donnant aux deux époux, l'intention probable du donateur est qu'il veut donner à la com munauté.

Que dit-on pour l'opinion contraire? Nous laissons de côté l'argument tiré de l'article 1402, nous y avons répondu en discutant la question de principe (n° 268). On dit que, d'après le droit commun, une donation faite à deux personnes se divise entre elles par moitié; et on en conclut qu'il en doit être de même de la donation faite à deux époux. Le principe est incontestable, mais on l'applique à faux (1). Si un immeuble donné à deux donataires appartient à chacun pour moitié, la raison en est qu'il n'y a aucun lien entre les donataires, pas d'intérêts communs; chacun stipule donc pour sa part. En est-il ainsi des époux? Non, certes, et ici nous pouvons invoquer la tradition. Dans l'ancien droit, la donation faite à l'un des époux formait un conquêt : pourquoi? Parce que le donataire est le représentant de la communauté; époux commun en biens, on suppose qu'il agit dans l'intérêt commun. A plus forte raison faut-il dire que les deux conjoints représentent la communauté et que la donation qui leur est faite s'adresse, en réalité, à la communauté. Pothier disait que la règle

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 71, n° 33 *bis* VII.

consacrée par les coutumes était puisée dans les principes généraux de la communauté entre époux (1); leurs intérêts sont les mêmes, et ils doivent toujours avoir en vue l'intérêt commun; on suppose naturellement que celui qui leur donne a la même pensée, donc l'immeuble doit être commun aux deux époux (2).

La jurisprudence est divisée comme la doctrine. Nous avons déjà cité l'arrêt de la cour de Liége, qui est conforme à notre opinion, mais la décision perd de son autorité à raison des faits de la cause : l'arrêt dit que les clauses de la donation prouvaient que la donation formait un conquêt; ce qui décidait la question (3). Il y a un arrêt de la cour de Toulouse en sens contraire, mais il a aussi peu d'autorité par la même raison. Dans l'espèce, dit la cour, l'acte de donation et les circonstances particulières de la cause prouvaient que le donateur avait voulu donner les biens par moitié à chacun des époux pour qu'ils leur fussent propres (4); ce qui était décisif.

272. La question que nous discutons est avant tout une question d'intention : le donateur peut donner à qui il veut. S'il a manifesté l'intention que l'immeuble donné aux deux époux leur reste propre, il faut s'en tenir à l'expression de sa volonté. Faut-il que la volonté soit exprimée en termes formels, ou les donataires peuvent-ils se prévaloir d'une volonté tacite? Nous croyons qu'il faut une déclaration expresse. L'article 1405 le dit pour la dérogation à la règle qui y est établie. Il faut en dire autant de toute exception; or, dans notre opinion, la règle est que la donation forme un conquêt, c'est par application de cette règle que nous avons décidé que l'immeuble donné aux deux époux entre en communauté; c'est donc par dérogation à une règle générale que l'immeuble donné aux deux époux leur reste propre. Puisque c'est une exception, elle ne

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 168.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 293 et note 38, § 507.
(3) Liége, 11 mars 1859 (*Pasicrisie*, 1859, 2, 304).
(4) Toulouse, 23 août 1827 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 781). Dans le même sens, Bruxelles, 12 août 1861 (*Pasicrisie*, 1862, 2, 7). La cour considère la communauté comme un être moral, ce que nous n'admettons pas.

peut résulter que d'une déclaration formelle de volonté.

Il y aurait déclaration expresse s'il était dit dans l'acte que l'immeuble est donné à chacun des époux pour moitié; l'acte contient alors deux donations distinctes, l'une au profit du mari, l'autre au profit de la femme (1). On ne peut pas objecter que la donation pour moitié équivaut à la donation faite à la communauté, chacun des époux y prenant la moitié. La différence est grande; si la femme est donataire pour moitié, cette moitié lui est propre, elle la reprend à la dissolution du mariage, alors même qu'elle renonce à la communauté; tandis que si l'immeuble est donné à la communauté, la femme n'y a droit que si elle accepte. D'un autre côté, le mari peut disposer de l'immeuble s'il est conquêt; si, au contraire, il est propre aux donataires, le mari ne pourra pas disposer de la part de la femme.

On admet encore que l'immeuble donné est propre aux deux époux quand l'immeuble est donné par l'ascendant à son descendant et au conjoint de celui-ci. On le décide ainsi par argument *à fortiori* de l'article 1406 (2), aux termes duquel l'immeuble cédé par un ascendant à l'un des deux époux pour le remplir de ce qu'il lui doit, ou à charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté : si un avancement d'hoirie fait à titre onéreux est un propre, à plus forte raison doit-on présumer que l'ascendant a voulu que l'immeuble par lui donné soit propre à l'époux donataire. Cela nous paraît douteux. Il en était ainsi dans l'ancien droit, mais le code n'a pas reproduit la présomption des coutumes; et peut-il y avoir une présomption sans loi? Sans doute le législateur aurait dû le décider ainsi, mais il ne l'a pas fait, et il nous paraît bien difficile d'argumenter *à fortiori* en matière d'exceptions.

Enfin, on enseigne que l'intention du donateur de donner à titre de propre pourrait s'induire des termes de l'acte et de l'ensemble des faits. Il y a un arrêt de la cour de

(1) Colmet de Santerre, t. V, p. 71, n° 33 *bis* VI.
(2) Duranton, t. XIV, p 257, n° 189. Aubry et Rau, t. V, p. 294 et note 40, § 507.

cassation en ce sens (1). Dès que l'on peut s'appuyer sur les termes de l'acte, il y a exception expresse, comme les principes l'exigent. Mais nous n'aimons pas l'ensemble des faits, parce que cela aboutit à admettre l'intention tacite du donateur, et nous ne comprenons pas qu'il y ait des exceptions tacites.

N° 4. DE LA PREUVE.

273. L'article 1402 porte : « Tout immeuble est réputé acquêt de communauté, s'il n'est prouvé que l'un des époux en avait la propriété ou possession légale antérieurement au mariage, ou qu'il lui est échu depuis à titre de succession ou donation. » Cette disposition établit une présomption au profit de la communauté. Elle met la preuve qu'un immeuble est propre à charge de l'époux qui le réclame comme tel lors de la liquidation de la communauté; et s'il ne parvient pas à faire cette preuve, l'immeuble restera par cela même dans la masse des biens communs, c'est-à-dire qu'il sera compris parmi les conquêts. Pourquoi la loi met-elle la preuve à la charge de l'époux? C'est qu'il est demandeur, en ce sens qu'il réclame un immeuble comme lui étant propre; or, c'est au demandeur à prouver le fondement de sa demande. L'époux qui prétend que l'immeuble est conquêt n'a donc rien à prouver, il a pour lui la présomption légale qui tient lieu de preuve. La présomption est naturelle, elle se fonde sur la possession et sur les intérêts communs des époux ; il en résulte une probabilité que l'immeuble possédé par les époux est commun plutôt que propre. La probabilité se fonde sur ce qui arrive ordinairement; or, les immeubles que les époux possèdent en propre sont d'ordinaire acquis pendant la durée de la communauté (2); est-ce à titre de propre, il est très-facile à l'époux d'en faire la preuve, puisque l'immeuble n'est propre que lorsqu'il est acquis à titre de succession ou de donation. Que si l'époux prétend que l'immeuble était propre avant son mariage, la preuve sera encore

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 294 et note 41, § 507 (4e éd.).
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 203. Troplong, t. I, p. 191, n° 489

facile, puisque la loi se contente de la preuve qu'il en avait la possession légale. Nous reviendrons sur ce point en traitant des propres. Notons seulement que Pothier dit en termes trop absolus que l'époux qui réclame un immeuble comme propre peut le justifier, à défaut de titre, par la seule preuve testimoniale; cela est vrai des immeubles qui appartenaient à l'époux avant de se marier, puisque la possession légale suffit, et la possession se prouve par témoins. Mais la succession et la donation ne se prouvent pas par témoins, il faut des titres.

La jurisprudence se montre très-facile en ce qui concerne les preuves. Il a été jugé qu'il suffit d'indications contenues dans un titre ancien et appuyées d'autres circonstances tendant à établir la qualité de propre (1). Dans une autre espèce, on a considéré les aveux du mari, après le décès de sa femme, comme constituant une preuve suffisante au profit des héritiers que tel bien était un propre de la défunte (2). Il faut cependant que la jurisprudence se tienne dans les limites des preuves légales : il y a deux droits en conflit, celui de l'époux qui réclame l'immeuble comme propre et celui de l'époux qui soutient qu'il est conquêt; dès que la preuve du demandeur n'est pas complète, il y a doute et, dans le cas de doute, l'immeuble est réputé conquêt.

274. La présomption de l'article 1402 suppose que la communauté était en possession de l'immeuble au moment où elle s'est dissoute, et elle se fonde sur cette possession. S'il y avait doute sur le point de savoir quand la possession a commencé, si elle est antérieure à la dissolution de la communauté ou postérieure, on ne serait plus dans les termes de la loi et, par suite, l'époux ne pourrait pas invoquer la présomption que l'article 1402 établit : avant d'invoquer une présomption, il faut prouver qu'elle existe, et elle n'existe, dans l'espèce, que si la possession de la communauté est constante; si cette preuve n'est pas faite, l'immeuble ne peut pas être un conquêt (3).

(1) Rennes, 27 janvier 1813 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 724).
(2) Rejet. 20 décembre 1836 (Dalloz, au mot *Domicile*, n° 20).
(3) Rejet. 14 février 1816 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 729).

ARTICLE 2. Des biens qui n'entrent pas en communauté.

275. Il y a des biens qui n'entrent pas en communauté; ils constituent le patrimoine propre de chacun des époux. Dans l'ancien droit, on les appelait *propres de communauté,* pour les distinguer des *propres de succession.* Nous avons dit ailleurs que les biens paternels appartenaient, à titre de propres, aux héritiers paternels, et que les biens maternels formaient des propres au profit des héritiers maternels (t. VIII, n°s 489, 505, 508). Il y avait donc deux espèces de propres : les immeubles qui appartenaient à l'héritier des propres, et les immeubles appartenant à l'un des conjoints qui n'entraient pas en communauté; c'est pour distinguer ces deux espèces de propres que l'on appelait les uns propres de communauté et les autres propres de succession. Aujourd'hui il n'y a plus de propres de succession; les propres sont donc, dans notre droit moderne, des biens qui appartiennent à l'un des époux communs en biens, et qui n'entrent pas dans la communauté qu'il a avec l'autre conjoint (1).

§ Ier. *Des propres mobiliers.*

N° 1. QUELS MEUBLES SONT PROPRES.

276. Nous avons dit que le mobilier présent et futur des époux entre en communauté (n° 212). C'est donc par exception qu'il y a des propres mobiliers. Le code ne mentionne qu'une de ces exceptions : aux termes de l'article 1401, le mobilier donné entre en communauté si le donateur n'a exprimé le contraire. Le donateur peut dire qu'il entend que les choses par lui données restent propres à l'époux qu'il gratifie. La raison en est simple : il est au pouvoir de celui qui donne d'apposer à la donation telles conditions ou restrictions que bon lui semble. Si donc le donateur dit qu'il donne telles choses mobilières

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 105. Colmet de Santerre, t. VI, p. 51, n° 22 *bis* I.

à l'un des conjoints, à la charge qu'elles lui seront propres, elles n'entreront pas en communauté (1).

L'article 1401 dit que le donateur doit *exprimer* le contraire. En faut-il conclure que le législateur exige une déclaration expresse? C'est notre avis; le mobilier, de droit commun, entre en communauté; c'est par exception qu'il reste propre; or, toute exception doit être exprimée en termes formels : si le donateur veut déroger à la loi, il faut qu'il le dise. Telle est bien la signification naturelle du mot *exprimer*. L'article 1405 contient une application de ce principe : il pose comme règle que la donation d'un immeuble faite à l'un des conjoints lui reste propre; le donateur peut déclarer une volonté contraire, mais la loi veut qu'il le dise *expressément*. Il suit de là que la volonté tacite du donateur ne suffit point pour que le mobilier donné soit propre (2).

277. Le donateur peut-il ajouter cette condition à sa donation, si les biens donnés constituent la réserve du donataire? Cette question est très-controversée. Un des premiers auteurs qui ont écrit sur notre droit moderne, Delvincourt, décide que le donateur ne peut grever la réserve d'aucune condition qui restreigne ou entrave le droit du réservataire. Le principe est incontestable (t. XII, n° 149), et l'application que Delvincourt en fait à notre question est très-juridique. Pourquoi la loi permet-elle au donateur de rendre propres les objets mobiliers qu'il donne à l'un des époux? Pothier vient de nous le dire : celui qui a le droit de disposer d'une chose peut le faire sous telles conditions qu'il veut. Or, peut-on dire de celui qui donne des biens réservés au réservataire, qu'il en a la libre disposition? Non, certes, car il n'en peut pas priver le réservataire. Cela est décisif. On objecte que le réservataire seul peut se plaindre si le donateur a grevé la réserve de conditions qui altèrent et diminuent son droit. Est-il vrai que la réserve soit un droit personnel au donataire et que lui seul puisse réclamer contre les conditions que le donateur y a mises? La loi dit le contraire; elle donne aux ayants

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 122.
(2) Marcade, t. V, p. 492, n° 8 *bis* de l'article 1408.

cause du réservataire le droit d'agir en réduction; les ayants cause, dans l'espèce, ont donc le même droit que le donataire; si celui-ci n'est pas lié par les conditions qui portent atteinte à son droit, les ayants cause ne le sont pas non plus : et le conjoint de l'époux donataire n'est-il pas son ayant cause? En se mariant sous le régime de communauté, il a stipulé que les successions mobilières y entreraient, il a compté sur les droits héréditaires de son conjoint, puisque ces droits ne pouvaient lui être enlevés; donc il peut se prévaloir du droit de son conjoint donataire à la réserve et demander la nullité de la condition qui est attachée à la donation (1).

On peut répondre que la condition, dans l'espèce, loin de diminuer les droits du donataire, les augmente, puisqu'elle lui assure comme propres des biens qui seraient tombés en communauté. Sans doute, mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le donataire n'aurait pas intérêt à réclamer contre la condition; cela ne prouve pas qu'il n'a pas le droit de recevoir sans condition aucune les biens que la loi lui réserve. Il y a d'ailleurs un autre motif de décider qui nous paraît péremptoire. L'époux réservataire s'est marié sous le régime de la communauté, il y a donc mis tout son mobilier futur et notamment sa réserve: peut-il ensuite exclure de la communauté les biens réservés? Non, car ce serait un changement aux conventions matrimoniales, qui doivent rester fixes et immuables. Vainement dirait-on que c'est le donateur qui a imposé cette condition et non le donataire; on répond que la donation n'existe que par l'acceptation du donataire; c'est donc par un contrat auquel l'époux concourt que les conventions matrimoniales sont modifiées; partant, ce contrat est nul en ce qui concerne la condition que les parties y ont apposée (2).

278. Y a-t-il d'autres effets mobiliers qui restent pro-

(1) Delvincourt, t. III, notes, p. 12, note 2. Comparez Duranton, t. XIV, p. 83, n° 135; Colmet de Santerre, t. VI, p. 49, n° 21 *bis* IV; Marcadé, t. V, p. 493, n° VIII *bis* de l'article 1408.

(2) Aubry et Rau, t. V, p. 287, note 20, § 507. Comparez Rodière, t. I, p. 453, n° 545, qui fait des distinctions dans la discussion desquelles nous croyons inutile d'entrer.

pres aux époux? Pothier enseigne que la rente viagère, donnée ou léguée avec la déclaration que c'est pour les aliments de l'époux, donataire ou légataire, lui reste propre. L'expression *pour ses aliments* manifeste suffisamment la volonté que la rente demeure propre au conjoint donataire, de sorte que la communauté profitera seulement des arrérages, et, à sa dissolution, l'époux crédirentier conservera le droit à la rente, sans que les héritiers du prédécédé y puissent prétendre aucune part. Pothier n'exige pas même que le donateur exprime formellement que la rente est alimentaire; cela peut facilement se présumer, dit-il, soit par la qualité de la personne du légataire, soit par d'autres circonstances, comme lorsqu'un maître a légué une rente viagère à un domestique: ce legs est présumé fait pour ses aliments, quoique cela ne soit pas exprimé. Toutefois Pothier ajoute une restriction, c'est que la présomption n'a pas si facilement lieu dans les donations entre-vifs qui ne sont pas susceptibles, dit-il, d'une interprétation aussi étendue que les testaments (1).

Cette doctrine doit-elle encore être suivie en droit moderne? Nous avons dit plus d'une fois que, sous l'empire de nos codes, les jurisconsultes n'ont plus la liberté et l'indépendance qu'avaient nos anciens auteurs. On en voit ici un exemple. Pothier décide par des présomptions, c'est-à-dire des probabilités; il distingue comme s'il était législateur, et, effectivement, il créait le droit comme faisaient les jurisconsultes de Rome. Notre rôle est plus modeste; nous sommes liés par une loi positive, et que dit cette loi? Que le mobilier donné entre en communauté si le donateur n'a *exprimé* le contraire. Le *mobilier donné*, donc la rente viagère, qui est essentiellement mobilière. A moins que le donateur n'ait *exprimé* que la rente doit rester propre. Il faut donc une expression de volonté. Peut-on admettre, en présence de ce texte, une volonté tacite résultant des circonstances de la cause? Ce ne serait plus une volonté *exprimée*, ce serait une volonté *présu-*

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 181.

mée; or, nous ne croyons pas que l'interprète ait le droit de mettre ses présomptions à la place d'une déclaration qui doit émaner du donateur.

On objecte que la rente alimentaire est insaisissable, d'où l'on conclut qu'elle est incessible, en ce sens du moins que le crédirentier ne peut pas la transporter à la communauté. Nous admettons que les biens incessibles n'entrent pas en communauté, car si le mobilier y entre c'est que les époux le mettent en commun, et l'époux ne peut pas mettre en commun un droit qu'il ne peut pas céder. Mais est-il vrai qu'une rente insaisissable soit par cela même incessible? Non, les auteurs qui soutiennent que la rente alimentaire reste propre l'avouent, mais ils disent que, dans l'intention du donateur, la rente qu'il lègue à titre d'aliments est incessible, en ce sens qu'elle ne peut pas devenir commune; en effet, si elle entrait en communauté, elle serait comprise dans le partage; le crédirentier n'en conserverait que la moitié, et conçoit-on que des aliments soient partagés et qu'il ne reste au crédirentier que la moitié de ce qu'il lui faut pour vivre? Notre réponse se trouve dans le texte de la loi. Y a-t-il volonté exprimée que la rente reste propre par cela seul qu'elle est alimentaire? En droit, non. Le crédirentier peut disposer de la rente, et il en dispose quand il se marie sous le régime de la communauté, puisqu'il consent à ce que le mobilier donné entre dans la société de biens qu'il forme avec son conjoint. Quant à la considération que la rente alimentaire ne saurait être partagée, elle est loin d'être décisive. Les arrérages tombent de fait et de droit en communauté; le mari en dispose quand la femme est crédirentière; si le crédirentier peut être privé des arrérages pendant toute la durée de la communauté, pourquoi ces arrérages ne pourraient-ils pas se partager après la dissolution du mariage (1)?

(1) C'est l'opinion enseignée par Odier, Troplong, Rodière et Pont, Larombière. Elle est consacree par la jurisprudence. L'opinion contraire est professée par Duranton et Bellot des Minières. Voyez les citations dans Aubry et Rau (t. IV, p. 423, § 359) qui partagent la dernière opinion. Il y a un arrêt de la cour de Gand, dans le même sens, du 2 juillet 1852 (*Pasicrisie*, 1854, 2, 66)

279. Du principe que les droits incessibles n'entrent pas en communauté, suit que les pensions dues par l'Etat, la province et la commune restent propres aux époux. La cour de Montpellier avait décidé le contraire, en se fondant sur l'intention des parties qui stipulent la communauté : la femme, dit-elle, peut compter sur la pension de son mari, même après la dissolution de la communauté par suite de la séparation de biens. C'était mal poser la question; il s'agissait de savoir si la pension était cessible et si le futur époux pouvait la mettre en communauté; or, l'arrêté du 7 thermidor an x déclare les pensions des militaires insaisissables et incessibles; dès lors elles ne peuvent être mises dans une société, puisque ce serait les céder, au moins pour moitié. L'arrêt de la cour de Montpellier a été cassé (1).

280. Pothier admet deux autres exceptions qu'il formule dans les termes suivants : « Toutes les choses, quoique meubles, qui proviennent à l'un des conjoints, durant le mariage, d'un propre de communauté, sans en être des fruits, n'entrent point dans la communauté ». Il donne comme exemples les arbres de haute futaie qu'un époux aurait fait abattre, les pierres tirées d'une carrière ouverte sur l'héritage propre de l'un des époux pendant le mariage, enfin la partie du trésor qui est attribuée à l'époux propriétaire du fonds.

Nous n'avons pas admis cette dernière application (n° 228), nous ne pouvons donc pas accepter le principe tel que Pothier le formule. Si la communauté ne jouit pas des hautes futaies, ni du produit des mines et carrières ouvertes pendant le mariage, c'est par suite des principes qui régissent l'usufruit; la communauté n'a droit aux produits des propres qu'à titre de fruits, elle ne peut donc avoir aucun droit sur la haute futaie, ni sur les mines et carrières non ouvertes. Si l'époux, propriétaire du fonds, pouvait faire entrer dans la communauté les arbres et les substances minérales qui n'y doivent pas tomber, il en

(1) Cassation, 3 février 1830 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 616). Rodière et Pont, t. I, p. 345, n° 425.

résulterait que la communauté profiterait de valeurs qui font partie du patrimoine propre de l'un des époux; ce serait un changement aux conventions matrimoniales, ce que l'article 1395 prohibe, et ce serait avantager la communauté aux dépens des propres de l'époux, ce que l'article 1437 défend également. On voit que si nous exceptons les futaies et les mines, c'est en vertu du texte de la loi. Nous n'avons pas besoin du principe que Pothier pose et que le code ne reproduit pas (1).

281. Pothier établit encore en principe que les choses mobilières qui sont substituées pendant la communauté à un propre de l'un des conjoints lui sont également propres. Les motifs de cette exception sont les mêmes que ceux que nous venons de donner pour les futaies et les mines. Si les époux pouvaient substituer à des immeubles propres des valeurs mobilières, ils changeraient les conventions matrimoniales en mobilisant des immeubles, et en transformant des propres en conquêts. Or, les conventions matrimoniales doivent rester immuables avec tous les effets qu'elles sont destinées à produire. D'autre part, si la communauté profitait des effets mobiliers substitués aux immeubles, elle s'avantagerait aux dépens de l'époux propriétaire, ce qui est contraire à une règle fondamentale de notre régime. Elle ne peut en profiter qu'à charge de récompense.

282. Pothier donne comme exemple le cas où l'un des époux vend un héritage qui lui est propre. La créance du prix est un effet mobilier et tout effet mobilier tombe en communauté; dans l'espèce, la créance du prix tient lieu de l'immeuble; l'immeuble étant propre, le droit au prix doit aussi être propre par les motifs que nous venons de dire. Si le prix est payé et versé dans la communauté, il en est dû récompense à l'époux propriétaire du fonds (2). L'article 1433 le dit ; c'est donc une exception consacrée par la loi. A vrai dire, l'exception n'est que la conséquence des principes qui régissent la communauté.

(1) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 49, n° 21 *bis* V.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 99

Il résulte du texte de l'article 1433 que si le prix n'a pas été versé dans la communauté, il n'en est pas dû récompense. Cela prouve que la créance du prix n'entre pas dans l'actif de la communauté; tant que le prix n'est pas payé, le droit reste propre au vendeur, comme l'immeuble lui était propre. Au premier abord, cela paraît une subtilité; comment le prix peut-il entrer en communauté, alors que le droit au prix n'y entre pas? C'est que les deniers sont des choses consomptibles; la communauté qui en a la jouissance en acquiert par cela même la propriété, comme l'usufruitier l'acquiert, en vertu du quasi-usufruit, à charge de restitution ou de récompense (1). La jurisprudence a appliqué ce principe au droit de saisie; les créanciers du mari peuvent saisir les biens de la communauté : peuvent-ils saisir le prix d'un propre de la femme? Non, dit la cour de Nancy, parce qu'il a toujours été de principe que le prix encore dû de l'héritage propre de l'un des époux ne fait pas partie de l'actif de la communauté, qu'il appartient en propre à l'époux vendeur jusqu'à ce qu'il ait été versé dans la communauté; le code civil, loin de déroger à la règle traditionnelle, l'a confirmée implicitement (2). Il a eté jugé, par application du même principe, que le mari ne peut déléguer le droit au prix d'un immeuble propre à sa femme; il n'en peut disposer comme d'un bien de communauté, puisque la créance reste propre à la femme; il n'en peut disposer comme administrateur des biens de la femme, puisque le droit d'administrer n'emporte pas le droit de céder les créances propres de la femme en les déléguant à ses créanciers personnels (3).

283. L'un des époux est appelé à une succession purement immobilière; il a droit, en vertu du partage, à un retour de lot. Cette créance purement mobilière entre-t-elle en communauté? Oui, si le partage a lieu avant le mariage, car, dans ce cas, l'époux avait, en se mariant, un droit mobilier, lequel, comme tout mobilier, entre en

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 159, n° 152.
(2) Nancy, 20 août 1827 et 7 février 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 656).
(3) Besançon, 20 mars 1850 (Dalloz, 1852, 2, 287).

communauté. Non, si le partage se fait pendant le mariage, car, dans ce cas, l'époux avait un droit immobilier, soit avant le mariage, soit en vertu d'une succession immobilière qui lui est échue pendant le mariage; dans les deux cas, ce droit immobilier lui est propre; si une partie du droit est remplacée par des valeurs mobilières, celles-ci doivent aussi lui rester propres. Telle est la soulte qui tient lieu d'une partie du droit immobilier. C'est l'application de notre principe. On a objecté que le partage étant déclaratif de propriété, le conjoint est censé avoir toujours eu dans son lot une créance mobilière; or, le droit mobilier résultant d'une succession entre en communauté. L'objection a trompé un de nos anciens auteurs. Pothier le réfute. Si, dit-il, la succession était partie mobilière, partie immobilière, alors il y aurait lieu d'appliquer le principe du partage déclaratif; l'héritier dans le lot duquel on aurait mis des meubles de l'hérédité serait censé avoir succédé à des valeurs mobilières, lesquelles par suite tomberaient en communauté. Mais on suppose que la succession est purement immobilière, le droit de l'époux dans cette succession est donc essentiellement immobilier; s'il a droit à une soulte, ce retour de lot n'est pas pris dans l'hérédité, donc le principe du partage est hors de cause. C'est une créance mobilière contre un copartageant, laqu'elle est substituée à un droit immobilier; il y a donc lieu d'appliquer le principe que la valeur mobilière qui est substituée à une valeur immobilière reste propre (1). Ces principes sont aussi ceux du code civil.

La jurisprudence est dans le même sens. Il a été jugé que la soulte due à l'époux pour moins-value de son lot, dans une succession purement immobilière, ne tombe point en communauté. Dans l'espèce, une rente viagère avait été constituée en payement de la soulte, le droit à la rente représentant une valeur immobilière était resté propre à l'époux créancier de la soulte; la communauté n'avait droit qu'aux arrérages. Mais avait-elle droit à tous les

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 100. Rodière et Pont, t. I, p. 446, n° 539, et tous les auteurs.

arrérages? Une partie de ces arrérages, celle qui dépasse l'intérêt, était, en réalité, une partie du droit immobilier auquel elle avait été substituée, donc la communauté profitait d'un droit immobilier et, par suite, elle en devait récompense (1).

La cour de cassation a appliqué ce principe, même à une succession partie mobilière, partie immobilière, dans une espèce où la soulte dépassait de beaucoup l'actif mobilier de l'hérédité. Deux successions s'étaient ouvertes, avant le mariage, au profit de la femme; le partage se fit pendant le mariage : les deux masses réunies ne comprenaient en valeurs mobilières qu'une somme de 41,880 fr., le surplus consistait en immeubles. Lors de son mariage, la femme reçut de son père une somme de 100,000 francs en deniers; on prétendit que cette somme devait entrer en communauté comme provenant d'une succession; la cour de Riom et, sur pourvoi, la cour de cassation repoussèrent cette prétention. La femme n'avait pu prendre dans les deux hérédités une valeur mobilière supérieure à la somme de 41,380 francs; l'excédant représentait son droit dans des immeubles, donc était substitué à un propre immobilier, partant restait propre (2).

Il va sans dire que les mêmes principes s'appliquent à la licitation. La portion du prix qui revient à l'époux dans l'immeuble licité lui reste propre, d'où suit que si l'adjudicataire la doit encore, la créance est mobilière, à la vérité; mais si elle est propre à la femme, les créanciers du mari ne peuvent pas la saisir (3).

281. Si l'un des deux époux vend un immeuble à lui propre et s'il agit en rescision pour cause de lésion, l'immeuble dans la propriété duquel il rentre lui sera propre. Cela n'est pas douteux, puisque la vente rescindée est censée n'avoir jamais existé. Il n'est pas douteux non plus, quoique la cour de cassation ait jugé le contraire, que l'action en rescision est immobilière. Il est vrai que l'ache-

(1) Douai, 9 mai 1849 (Dalloz, 1850, 2, 144).
(2) Rejet, 11 décembre 1850 (Dalloz, 1851, 1, 287).
(3) Nancy, 3 mars 1837, et Douai, 11 novembre 1812 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 657).

teur a la faculté de garder l'immeuble en payant le supplément du juste prix, mais le droit facultatif de l'acheteur ne détermine pas la nature du droit qui appartient au vendeur. L'action du vendeur tend à remettre l'immeuble en ses mains, elle est donc immobilière et elle reste immobilière, alors même que l'acheteur, usant de son droit, paye le supplément; ce prix supplémentaire tient lieu d'un droit immobilier, qui était propre à l'époux, donc il est propre. C'est la doctrine de Pothier et des auteurs modernes (1). Nous dirons, au titre de la *Vente*, que la cour de cassation est revenue sur sa première jurisprudence. Il n'y a pas lieu de distinguer si l'immeuble a été vendu avant ou pendant le mariage; dès que l'immeuble est propre, l'action en rescision est immobilière et, par conséquent, elle n'est pas entrée en communauté si la vente est antérieure au mariage, et si elle est postérieure, on applique le principe que l'action qui est substituée à un propre, fût-elle mobilière, est un propre, à plus forte raison quand l'action est immobilière comme dans l'espèce (2).

Si l'époux avait acheté un immeuble avant le mariage et si, pendant le mariage, la vente est rescindée pour cause de lésion, il a une action en restitution du prix qu'il a payé. Cette action est mobilière : entre-t-elle en communauté ou lui reste-t elle propre? L'immeuble lui était propre, puisqu'il avait été acquis avant le mariage; le prix qui lui est restitué est donc substitué à une valeur immobilière, partant il doit rester propre à l'époux. Pothier enseigne le contraire, par application du principe que la vente étant rescindée, l'acheteur n'a jamais eu un propre, qu'il a seulement droit à une somme d'argent. Il y a un motif de douter : ne doit-on pas appliquer à la rescision de la vente ce que nous avons dit de la résolution en cas de pacte de rachat (n° 231)? Non; il y a une raison de cette différence : dans le cas de rachat, la vente est résolue de plein droit comme si elle n'avait jamais existé, l'article 1183 le dit. Mais quand la vente est rescindée

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 598. Toullier, t. VI, 2, n°s 186 et 187.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 288 et note 24, § 507 (4e éd.).

pour cause de lésion, l'acheteur a été propriétaire et il peut rester propriétaire s'il le veut, il a donc un droit immobilier auquel il renonce en consentant à la rescision; c'est par sa volonté qu'un droit mobilier est substitué à un droit immobilier; dès lors il faut appliquer le principe de Pothier : la créance du prix sera propre. La question ne peut pas se présenter quand l'acquisition est faite pendant le mariage, puisque cette acquisition forme un conquêt (1).

285. Un propre de la femme est assuré par le mari, la communauté paye la prime d'assurance. La femme a-t-elle droit à cette indemnité, alors même qu'elle renonce? Un tribunal de première instance a décidé l'affirmative, et le jugement, très-bien motivé, a été confirmé par la cour d'appel. L'indemnité appartient au propriétaire de l'immeuble et en tient lieu; si l'immeuble est propre, l'indemnité doit aussi être propre. Peu importe que le mari ait assuré l'immeuble, c'est un acte conservatoire qu'il a le droit de faire, comme administrateur légal des biens de sa femme. Peu importe encore que la communauté ait payé la prime; elle n'a même droit à aucune récompense de ce chef, car l'assurance est faite dans l'intérêt de la communauté autant que dans l'intérêt de la femme, la communauté ayant la jouissance de l'immeuble. Enfin, la renonciation de la femme ne lui faisait pas perdre son droit à l'indemnité, précisément parce que ce droit lui est propre et n'entre pas en communauté. On objectait que l'indemnité était mobilière et qu'à ce titre elle devait tomber en communauté; le tribunal répond que la nature mobilière ou immobilière de l'indemnité est indifférente; il y a aussi des valeurs mobilières qui sont propres, telle est notamment l'indemnité qui est substituée à un immeuble propre. C'est l'application du principe de Pothier (n° 281) (2).

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 191, n° 189. Rodière et Pont, t. I, p. 432, n° 520. Troplong, t. I, p. 182, n° 445. Aubry et Rau, t. V, p. 288, § 507.

(2) Bordeaux, 19 mars 1857 (Dalloz, 1858, 2, 61). Nous avons rapporté plus haut (n° 261) une décision analogue; dans le cas où l'immeuble est conquêt, l'indemnité entre en communauté.

N° 2. DES PRINCIPES QUI RÉGISSENT LES PROPRES MOBILIERS.

286. Comment les époux prouveront-ils que les objets mobiliers par eux possédés sont propres ou font partie de l'actif de la communauté? Il faut appliquer le droit commun qui régit les preuves, puisque la loi n'y déroge pas. L'époux qui soutient que des effets mobiliers sont communs peut-il invoquer la présomption de l'article 1402? Au premier abord, on pourrait croire que la présomption étant légale ne peut être étendue, bien qu'il y ait même motif de décider. En réalité, cette présomption est une conséquence des principes qui régissent la preuve. Le conjoint qui réclame un effet mobilier à titre de propre doit prouver le fondement de sa demande; s'il ne fait point la preuve qui lui incombe, l'effet restera confondu dans la masse mobilière qui appartient à la communauté. La conséquence a même plus de force pour les meubles que pour les immeubles, puisque, en règle générale, tous les biens mobiliers présents et futurs entrent dans la communauté légale (1).

Comment l'époux demandeur prouvera-t-il que les effets mobiliers qu'il réclame comme propres lui appartiennent? Toujours d'après le droit commun, puisqu'il n'y est pas dérogé. Le mari prétend que deux rentes font partie de la communauté; il invoque la cession qui en a été faite à la femme. Le cédant soutient que les actes de cession sont fictifs; et pour le prouver, il invoque des lettres de la femme comme commencement de preuve par écrit. La preuve a été admise et la cession déclarée nulle. On opposait, dans l'intérêt du mari, l'article 1410, aux termes duquel les dettes de la femme qui n'ont pas date certaine antérieure au mariage ne tombent pas en communauté; on voulait en induire qu'aucun écrit de la femme ne peut être opposé au mari, à moins qu'il n'ait date certaine. Nous reviendrons sur la question de principe; il est certain que l'article 1410 n'était pas applicable à l'espèce,

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 290 et note 31, § 507 (4e éd.).

car il ne s'agissait pas d'une dette de la femme, il s'agissait de savoir si elle était propriétaire des rentes litigieuses (1).

287. Les effets mobiliers qui restent propres aux époux entrent-ils néanmoins dans la communauté, en ce sens que l'époux propriétaire n'a qu'un droit de créance? Nous reviendrons sur la question en traitant de la communauté d'acquêts et de la clause de réalisation. Sous le régime de la communauté légale, la solution ne nous paraît pas douteuse. Le code ne contient qu'une seule disposition sur les propres mobiliers, celle de l'article 1401, aux termes de laquelle le mobilier donné à l'un des époux n'entre pas en communauté quand le donateur a exprimé la volonté qu'il n'y tombe pas. Ce mobilier reste propre au même titre que les immeubles propres, car la loi ne fait aucune différence entre les deux classes de propres. On objecte l'article 1403 qui semble dire que les produits des mines et carrières ouvertes pendant le mariage tombent dans la communauté à charge de récompense. Mais l'objet de cette disposition n'est pas de décider si l'époux, à la dissolution de la communauté, peut réclamer en nature les produits qui existent encore ou s'il n'a qu'une créance; les produits des mines sont destinés à être vendus, et ils le sont d'ordinaire immédiatement; le prix est versé dans la communauté et, dans ce cas, l'époux propriétaire de la mine ou de la carrière n'a droit qu'à une récompense. L'art. 1403 ne préjuge donc pas notre question; elle doit être décidée par les principes qui régissent les propres et les conquêts.

288. Les conséquences qui découlent de ce principe sont importantes. Si l'époux reste propriétaire des objets mobiliers qui sont exclus de la communauté, il s'ensuit que ces effets sont à ses risques, ils périssent et se détériorent pour lui; il profite, par contre, de l'augmentation de valeur qu'ils peuvent recevoir. Il en résulte encore que les créanciers de la communauté et du mari ne peuvent pas saisir le mobilier propre de la femme, car les créan-

(1) Limoges, 28 novembre 1849 (Dalloz, 1852, 2, 70).

ciers ne peuvent saisir que les biens qui appartiennent à leur débiteur. Nous avons cité les arrêts qui consacrent cette doctrine (n° 276). L'époux propriétaire reprend les propres mobiliers en nature à la dissolution de la communauté, comme il reprend ses propres immobiliers. Enfin, le mari ne peut aliéner les propres mobiliers de la femme. Ce point donne lieu à de graves difficultés que nous examinerons en traitant de l'administration des biens de la femme.

La règle que les biens mobiliers n'entrent pas en communauté reçoit des exceptions : il y a des cas dans lesquels la communauté en devient propriétaire; nous y reviendrons. Il va de soi que lorsque la communauté acquiert la propriété des propres mobiliers d'un époux, les conséquences que nous venons de signaler tombent, et l'exception conduit à des conséquences toutes contraires; les objets mobiliers seront aux risques de la communauté, les créanciers de la communauté et du mari peuvent les saisir; le mari peut les aliéner quand ils appartiennent à la femme, l'époux propriétaire n'a qu'une créance à la dissolution de la communauté (1).

§ II. *Des propres immobiliers.*

N° 1. IMMEUBLES DONT LES ÉPOUX AVAIENT LA PROPRIÉTÉ AVANT LE MARIAGE.

289. Aux termes de l'article 1404, les immeubles que les époux possèdent au jour de la célébration du mariage n'entrent point en communauté. Dans le système traditionnel, les conquêts seuls font partie de l'actif de la communauté légale; et pour qu'un immeuble soit conquêt, il faut, dit l'article 1401, n° 3, qu'il soit acquis pendant le mariage; or, quand les époux possédaient déjà l'immeuble lors de la célébration du mariage, il est certain qu'il n'a pas été acquis pendant le mariage, donc il ne peut pas entrer en communauté. Reste à savoir ce qu'il faut enten-

(1) Aubry et Rau, t. V. p. 290 et notes 30 et 31, § 507.

dre par le mot *possèdent*. L'article 1402 répond à la question : l'époux possède l'immeuble quand il en avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage.

290. Quand l'époux a-t-il la propriété avant le mariage? L'époux est propriétaire lorsque son titre est antérieur à la célébration de l'union conjugale, quand même le titre ne le rend pas propriétaire incommutable, pourvu qu'il le devienne en vertu de ce titre. Par exemple, il achète un immeuble sous condition suspensive, puis il se marie, et la condition s'accomplit pendant le mariage, ou même après la dissolution du mariage; la condition accomplie a un effet rétroactif au jour du contrat (art. 1179); donc l'époux était propriétaire, en vertu de son titre, avant la célébration du mariage, et partant l'immeuble lui est propre, quoique lors du mariage il n'eût ni la propriété ni la possession, car la vente sous condition suspensive ne transfère pas la propriété, et il est rare que l'acheteur soit mis en possession pendant que la condition est en suspens; mais il était propriétaire conditionnel, ce qui lui donne la propriété à partir de la vente quand la condition vient à s'accomplir (1).

291. L'époux qui achète un immeuble avant son mariage en est propriétaire, bien que la délivrance ne lui ait pas été faite et qu'il n'ait pas payé le prix. C'est l'application des nouveaux principes qui régissent la translation de la propriété. Si donc le mariage venait à se dissoudre et que l'époux se remariât, l'immeuble lui resterait propre, quand même le prix serait payé par la seconde communauté; celle-ci aurait seulement droit à une récompense. Que si l'immeuble avait été acheté pendant la première communauté, il formerait un acquêt de cette communauté. Cela a été jugé ainsi dans une espèce où l'époux avait stipulé que ses propres entreraient en communauté si la seconde communauté en acquittait le prix. Les époux peuvent sans doute ameublir leurs immeubles, mais ils ne le peuvent pas au préjudice du droit des tiers. S'il y a des enfants du premier lit, l'immeuble fait partie de la pre-

(1) Duranton, t. XIV, p. 227, n° 170

mière communauté, dont la moitié appartient aux enfants; dès lors le mari ne peut pas, comme le dit la cour de cassation, introduire, à titre d'acquêt, dans une seconde communauté un immeuble qui formait un conquêt de la première et dont la qualité et la propriété étaient irrévocablement fixées entre l'époux et l'enfant du premier lit (1).

292. Pour que l'immeuble soit propre à l'époux, il n'est pas nécessaire qu'il en ait eu la propriété avant la célébration du mariage, il suffit qu'il l'ait possédé, pourvu que la possession soit légale (art. 1402 et 1404). Qu'est-ce que le code entend par possession légale? Le terme n'est pas technique et le sens en est vague. D'après la terminologie du code, celui qui possède à titre précaire a la possession: le fermier et l'usufruitier possèdent, leur possession est donc légale, puisqu'elle est reconnue par la loi; mais est-elle légale dans le sens de l'article 1402? Non, car ils ne peuvent jamais devenir propriétaires par leur possession, quelque longue qu'elle soit; or, par possession *légale,* la loi entend une possession qui, en se prolongeant, peut devenir propriété par l'effet de la prescription; car il s'agit de savoir qui est propriétaire, l'époux ou la communauté; or, quand l'époux est simple détenteur, la chose n'appartient ni à l'époux ni à la communauté, elle appartient à celui pour lequel l'époux possède. Ainsi la possession légale est celle qui conduit à la prescription; l'article 2229 en détermine les caractères. La loi ne parle pas de la bonne foi; elle n'est pas requise pour que la possession soit légale dans le sens de l'article 1402, car le possesseur de mauvaise foi peut prescrire, seulement il doit posséder pendant trente ans; tandis que le possesseur de bonne foi, quand il a un juste titre, prescrit par dix ou vingt ans; dans l'un et l'autre cas, la possession conduit à la prescription, donc elle est légale. Il n'est pas requis non plus que la possession soit annale. La possession annale est requise pour que le possesseur ait les actions possessoires. Cela n'a rien de commun avec la possession légale de l'article 1402; tout ce que la loi exige, c'est que

(1) Metz, 28 novembre 1817 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 741).

l'époux possède, elle ne dit pas que la possession doit avoir une certaine durée (1). Peu importe aussi quand la prescription s'accomplit, que ce soit pendant le mariage ou après la dissolution du mariage, cela est étranger à la communauté; elle ne peut, en aucun cas, prétendre que l'immeuble lui est propre; dès qu'il est prouvé que la possession a commencé avant la célébration du mariage au profit de l'un des époux, il est prouvé par cela même que l'immeuble n'a pas été acquis pendant le mariage; donc il ne peut pas être un conquêt (2).

293. Comment l'époux prouvera-t-il qu'il avait la propriété ou la possession légale antérieurement au mariage? On applique le droit commun, puisque le code n'y déroge pas. Or, d'après l'article 1341, la preuve testimoniale n'est pas admise pour prouver les faits juridiques dont la valeur pécuniaire dépasse 150 francs; la propriété se prouve donc régulièrement par titres. Il n'en est pas de même de la possession : les faits de culture qui l'établissent sont des faits matériels que l'on peut prouver indéfiniment par témoins. La cour de Liége l'a jugé ainsi (3), et cela ne fait aucun doute, quoique Pothier semble dire que l'on peut prouver par témoins le fait que l'époux était propriétaire lors de la célébration du mariage; cela est vrai en ce sens que la possession se prouve par témoins, et la loi se contente de cette preuve, bien entendu quand il s'agit des rapports de l'époux et de la communauté. A l'égard du propriétaire revendiquant, l'époux devrait prouver ou sa propriété par titre, ou la prescription; tandis qu'à l'égard de la communauté, il suffit qu'il prouve qu'il possédait lors de la célébration du mariage. Dans tous les cas, la possession se prouve par témoins.

294. Pothier dit que l'immeuble est propre à l'époux dès que la cause de l'acquisition est antérieure au mariage. C'est l'application du principe que celui qui a une

(1) Duranton, t. XIV, p. 235, n[os] 177 et 178. Rodière et Pont, t. I, p. 435, n° 524. Pothier, *De la communauté*, n° 157.
(2) Duranton, t. XIV, p. 235, n° 276.
(3) Liége, 5 juin 1839 (*Pasicrisie*, 1839, p. 100, et Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 765).

action pour obtenir un immeuble est censé avoir l'immeuble. L'époux qui a une action immobilière, et qui l'intente pendant la durée du mariage, est propriétaire de l'immeuble lors du mariage; c'est donc un propre. Ce principe s'applique sans difficulté aucune à l'action en nullité ou en rescision. L'époux qui a vendu un immeuble et qui est lésé de plus de sept douzièmes dans le prix a le droit de demander la rescision de la vente; cette action est immobilière, puisqu'elle tend à mettre un immeuble dans ses mains; s'il l'intente pendant le mariage, l'immeuble lui est propre. Ce n'est pas une acquisition qu'il fait, il rentre dans la propriété de son immeuble en vertu d'une cause antérieure au mariage; l'immeuble doit donc lui être propre.

Le principe s'applique aussi sans difficulté à la résolution. Si l'époux, avant son mariage, a vendu un immeuble avec pacte de rachat, et s'il exerce son droit pendant le mariage, l'immeuble lui sera propre. Ce n'est pas une acquisition qu'il fait, comme semble le dire le terme de rachat, ce n'est pas par une nouvelle vente qu'il devient propriétaire, c'est la vente qui est résolue; et la résolution rétroagissant au jour du contrat, il n'a jamais cessé d'être propriétaire; il l'était donc en se mariant, et partant l'immeuble lui reste propre.

Il en serait de même en cas de révocation d'une donation, car la révocation n'est autre chose que la résolution du contrat. Quand la révocation rétroagit, on applique, à la lettre, ce que nous venons de dire; peu importe que la résolution se fasse en vertu de la loi, en cas de survenance d'enfant, ou par l'effet de la convention, lorsque le donataire n'exécute pas les charges, toujours est-il que la donation est révoquée rétroactivement et, par suite, l'époux donateur était propriétaire de l'immeuble donné au jour de la célébration du mariage; ce qui décide la question. En est-il de même lorsque la donation est révoquée pour cause d'ingratitude? Il y a un motif de douter, c'est que la révocation ne rétroagit point dans ce cas. Néanmoins il faut décider que l'immeuble est propre. La rétroactivité regarde les tiers. L'époux donateur devra respecter les

droits réels concédés par le donataire, cela est étranger à la communauté; à son égard, il s'agit de savoir si l'immeuble est conquêt; or, l'immeuble n'est pas acquis pendant le mariage, le donateur en recouvre la propriété en vertu d'une cause inhérente à la donation, donc antérieure au mariage; ce qui est décisif (1).

295. Jusqu'ici tout le monde est d'accord. Faut-il appliquer le même principe à la résolution de la vente prononcée pour défaut de payement du prix? Il y a controverse et doute, quoique Troplong dise que l'immeuble reste propre sans doute aucun et que l'opinion contraire est insoutenable. Nous croyons aussi que l'immeuble reste propre à l'époux vendeur qui agit en résolution. Il est certain que l'époux vendeur a droit à la résolution lors du mariage; il a donc une action immobilière, cette action lui reste propre et, par conséquent, l'immeuble lui est également propre. Ce qui confirme cette opinion en droit, c'est que la condition résolutoire tacite produit le même effet que la condition résolutoire expresse, sauf que celle-ci a lieu de plein droit, ce qui n'a rien de commun avec notre question.

On fait une objection très-spécieuse. L'époux a vendu l'immeuble avant la célébration du mariage, le droit au prix entre en communauté; or, l'action en résolution de la vente est un moyen de faire valoir la créance du prix, c'est un accessoire de cette créance; comme telle, elle entre en communauté, et elle ne peut être exercée que par la communauté; l'immeuble sera donc un conquêt, il prend la place du prix qui appartient à la communauté. A notre avis, l'action en résolution n'est pas un accessoire du droit au prix, c'est un droit distinct, également principal, et qui diffère du droit au prix par sa nature et par son objet. Le vendeur a deux droits. Il peut poursuivre l'exécution de la vente et le payement du prix qui est garanti par un privilége; ce droit est mobilier; quand le vendeur l'exerce, le contrat est maintenu. Si l'acheteur ne paye pas le prix, le vendeur peut aussi agir en résolution; ce droit est immo-

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 157, 186-188, et tous les auteurs.

bilier, et il a pour effet de résoudre la vente, comme si elle n'avait jamais existé. Peut-on dire que le droit d'agir en résolution soit un moyen de faire valoir la créance? Non, car le vendeur qui agit en résolution ne veut pas exercer sa créance, il veut rentrer dans la propriété de l'immeuble; s'il préfère réclamer le prix, il renonce à la résolution. Dira-t-on que la menace d'agir en résolution engagera l'acheteur à payer? Nous répondons, et tel est certes le fait général, que si l'acheteur ne paye pas, c'est qu'il n'a pas les deniers nécessaires. Nous répondons encore que le vendeur n'a pas besoin de ce moyen pour être payé, il a son privilége qui lui assure son payement jusqu'à concurrence de la valeur de l'immeuble, et il n'aura pas plus s'il agit en résolution (1).

On invoque d'ordinaire l'autorité de Pothier en faveur de l'opinion que nous adoptons. L'hypothèse de Pothier est différente et nous doutons que sa solution soit bonne. Il suppose que la résolution se fait par convention, l'acheteur consentant à la résolution. Ce n'est pas là la condition résolutoire du code civil, c'est la résolution conventionnelle; or, la résolution conventionnelle est une nouvelle vente, elle forme donc un conquêt. Pothier ajoute que l'époux qui rentre dans la propriété de son immeuble doit récompense du prix à la communauté. Nous doutons que cela soit exact. Lorsque la vente est résolue pour défaut de payement du prix, l'effet de la résolution est que la vente n'a jamais existé, il n'y a ni vendeur, ni acheteur, ni prix; à quel titre la communauté réclamerait-elle une récompense pour un prix qui n'existe pas? Dira-t-on que c'est tromper la communauté, que le conjoint du vendeur devait compter sur ce prix et que, dans notre opinion, il dépend du vendeur de faire entrer le prix en communauté, ou de se réserver l'immeuble comme propre? Cela est vrai, mais on ne peut pas dire que le vendeur trompe son conjoint; car celui-ci pouvait s'attendre à la résolution, puisque c'est le droit du vendeur. Quant au droit qu'a le

(1) Troplong, t. I, n° 518. Tessier, *Société d'acquêts*, n°s 38 et 42. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 296, note 48.

vendeur de faire entrer en communauté ou d'en exclure la valeur de l'immeuble, cette considération ne nous touche pas; il en est ainsi dans tous les cas où le débiteur a une option à exercer, par exemple si la vente était alternative d'un meuble ou d'un immeuble. Dans ce cas aussi, le vendeur peut se réserver l'immeuble, ou faire entrer l'effet mobilier en communauté : dira-t-on qu'il fraude la communauté en choisissant l'immeuble? Celui qui exerce un droit ne fraude personne.

296. On suppose que le titre de l'époux est entaché d'un vice qui le rend nul; pendant le mariage, l'acte est confirmé : l'immeuble sera-t-il propre ou conquêt? Pothier répond que l'immeuble sera propre. Cela nous paraît évident. Quoique le titre soit vicié, il remonte néanmoins à une époque antérieure au mariage. Par suite de la confirmation, le vice est effacé et le titre est considéré comme ayant toujours été valable. Dira-t-on que la confirmation ne préjudicie pas aux droits des tiers et que la communauté est un tiers? Ce serait très-mal raisonner, car la communauté n'avait aucun droit sur l'immeuble; la confirmation ne lui en enlève donc aucun. A l'égard de la communauté, il s'agit de savoir si l'immeuble a été acquis avant ou pendant le mariage; or, cette question n'est pas douteuse.

Pothier demande s'il en serait de même de la confirmation d'une convention absolument nulle. Il entend par là une convention qui n'a pas d'existence aux yeux de la loi. Pothier répond que les actes absolument nuls ne sont pas susceptibles de confirmation; il en conclut que la prétendue confirmation qui rend l'époux propriétaire est une nouvelle convention, d'où suit que l'immeuble sera un conquêt (1). La décision est très-juridique et elle est remarquable, car elle prouve que Pothier admettait la distinction des actes nuls et des actes inexistants; seulement sa doctrine, comme celle de tous les anciens auteurs, est incertaine en ce qui regarde les conditions requises pour qu'une convention ait une existence légale.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 160

297. Le principe posé par Pothier s'applique aussi à la transaction. On suppose que l'époux, propriétaire en vertu d'un titre douteux, transige avec celui qui se prétend propriétaire. L'immeuble sur la propriété duquel on a transigé sera-t-il propre ou conquêt? Il y a un motif de douter, c'est que l'époux devra payer une certaine somme pour conserver la propriété : n'est-ce pas là une acquisition faite pendant le mariage? Non; autre chose est d'acquérir, autre chose est de transiger. La transaction n'est pas un titre nouveau, elle confirme et valide un titre ancien, et ce titre est antérieur au mariage. Le texte des articles 1402 et 1404 lève tout doute : il suffit que l'époux ait possédé comme propriétaire lors de la célébration du mariage; or, l'époux possédait certes à ce titre, puisqu'il se prétend propriétaire, et sa prétention devait avoir quelque fondement, puisque celui qui a revendiqué la chose comme sienne a cru devoir transiger.

Pothier ajoute cependant une réserve. Il en serait autrement, dit-il, si par la transaction l'époux avait reconnu que l'héritage appartenait au demandeur en revendication, lequel a consenti à ce que le fonds reste à l'époux pour la somme que celui-ci consent à payer. La transaction est alors une véritable vente; il y a donc acquisition et, par suite, l'immeuble est conquêt.

298. Il ne faut pas confondre la confirmation avec la ratification. Si le tiers qui a vendu l'immeuble à l'époux avant le mariage a agi au nom du propriétaire, et que celui-ci ratifie pendant le mariage, il est certain que l'immeuble sera propre, car la ratification équivaut au mandat; l'époux est donc propriétaire en vertu du contrat antérieur à la célébration du mariage, ce qui est décisif. Mais si le tiers avait vendu l'héritage en son propre nom, il n'y a plus lieu à ratification : quand même le propriétaire consentirait à exécuter la vente, ce consentement n'est pas une ratification, il se forme un nouveau contrat entre l'époux et le propriétaire, et c'est seulement en vertu de ce nouveau contrat que l'époux devient propriétaire; donc il y a conquêt. Dira-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 117. Duranton, t. XIV, p. 239, n° 181. Troplong, t. I, p. 195, n° 511.

t-on que l'époux était possesseur et que la possession légale suffit pour lui attribuer l'immeuble à titre de propre? Oui, si l'époux invoquait la possession, c'est-à-dire s'il avait prescrit la propriété. Mais, dans l'espèce, il n'invoque que son titre et la ratification; la possession étant hors de cause, la question doit être décidée par les titres (1).

299. L'immeuble est propre à l'époux quand il en avait la propriété antérieurement au mariage, sans qu'il y ait à distinguer s'il l'a acquis à titre gratuit ou à titre onéreux. Il suit de là que l'immeuble donné par contrat de mariage à l'un des époux ou aux deux époux est propre, soit pour le tout au profit de l'un des époux, soit pour moitié au profit de chacun des époux; car les donataires étaient propriétaires antérieurement au mariage, puisque le contrat de mariage est nécessairement antérieur à la célébration de l'union conjugale. C'était la règle de l'ancien droit et le code n'y a rien changé (2).

300. Dans l'ancien droit, on faisait une exception à ce principe dans le cas où le donateur était parent de l'un des époux. S'il donnait aux deux conjoints, la donation était néanmoins présumée faite au profit de celui des conjoints qui était son héritier présomptif. La présomption se fondait sur l'affection que le donateur avait pour celui des conjoints auquel il était lié par les liens du sang. Faut-il suivre cette doctrine sous l'empire du code civil? On l'enseigne, mais par de mauvaises raisons, nous semble-t-il. Remarquons d'abord que l'on fait dire au donateur autre chose que ce qu'il dit. Il était libre de donner exclusivement à son héritier présomptif à titre d'avancement d'hoirie. Au lieu de cela, il donne aux deux conjoints; donner à deux personnes, c'est donner à chacune pour moitié. Tel est le sens naturel, légal de la donation. Pour lui donner un sens différent, il faudrait ou une manifestation de volonté du donateur, laquelle n'existe pas, ou une présomption de la loi, laquelle n'existe pas davantage. Si, dans l'ancien droit, on admettait cette présomp-

(1) La question est controversée. Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 298, note 50, § 507.

(2) Pothier, *De la communauté*, nos 159 et 169.

tion, c'est qu'elle était consacrée par les coutumes, et les jurisconsultes aimaient à décider par voie de présomptions, ce qu'ils pouvaient faire, n'étant pas liés par des textes, comme nous le sommes. Les coutumes ne sont plus que de l'histoire, et il n'y a plus d'autres présomptions que celles que la loi établit (art. 1350). Quant aux présomptions de l'homme, elles ne sont admises que dans les cas où la loi admet la preuve testimoniale, et la loi rejette cette preuve quand il s'agit de prouver contre le contenu aux actes (art. 1341). Et n'est-ce pas cette preuve-là que l'on prétend faire dans l'espèce? L'acte porte que la donation est faite aux deux époux, et l'on prétend prouver qu'un seul époux est donataire; cette preuve ne peut se faire que par écrit; et quand il s'agit d'un acte solennel, tel que la donation, il faudrait un acte également solennel qui y dérogeât! C'est dire que les prétendues présomptions que l'on invoque doivent être rejetées (1).

A plus forte raison ne pouvons-nous pas admettre les présomptions que l'on invoque pour attribuer la donation comme propre à la femme, héritière du donateur, bien qu'elle soit faite au profit du mari. La singulière raison que Troplong donne pour motiver cette décision suffit pour la rejeter. « Il est *certain*, dit-il, que si la donation est faite au mari par les parents de la future, elle est *censée* ne lui être faite que pour sa femme, et l'immeuble est propre de celle-ci. C'est la décision de la coutume d'Anjou. *On* suppose que le mari n'a été nommé que parce qu'il représente sa femme, qu'il gère et défend ses intérêts, et que pendant le mariage la jouissance de la chose lui appartient; tout cela, sauf la preuve contraire (2). » Nous sommes fâché de le dire : il y a dans ces paroles presque autant d'erreurs que de mots. *Il est certain!* Ceci est une appréciation de l'auteur, et elle doit engager les interprètes à se défier de leur opinion, car ce que l'un qualifie de certitude, l'autre le qualifie d'erreur. Pourquoi cela est-il *certain?* La coutume d'Anjou le dit; est-ce que par hasard

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 217, note 49 (4e éd.).
(2) Troplong, t. I, p. 212, n° 602, et tous les auteurs.

nous vivons encore sous l'empire du droit coutumier? *On suppose!* Qui est cet *on?* Il n'y a que le législateur qui puisse faire des suppositions, car ce sont de vraies présomptions légales. Telle est la supposition que Troplong emprunte à un traité sur les *Choses douteuses*. Nous disons que c'est une présomption légale; en effet, Troplong ajoute : *Sauf la preuve contraire*. C'est donc une présomption qui dispense de la preuve le prétendu donataire, et c'est le vrai donataire, le donataire en titre qui doit prouver que la chose lui a été donnée à lui. Cela est contraire au bon sens autant qu'au droit.

On étend encore plus loin ces présomptions : pourquoi s'arrêterait-on si l'on est libre de créer des présomptions là où l'on voit des probabilités? L'héritage donné à la femme par les parents du mari sera-t-il propre du mari? Il n'y a pas, dit Troplong, d'aussi bonnes raisons que dans le cas précédent pour le décider ainsi. Il faudrait dire que les raisons sont également mauvaises. Sans doute la femme n'a pas qualité pour recevoir au nom de son mari. Est-ce que le mari a qualité de représenter sa femme, alors qu'il n'y a encore ni mari ni femme, puisque l'on suppose une donation faite par contrat de mariage? On consultera les circonstances, dit Troplong. D'autres auteurs admettent la présomption, quoique Pothier l'ait rejetée (1). On voit à quoi aboutissent les interprètes quand ils se mêlent de faire la loi, car ils la font en créant des présomptions que la loi ignore : ils aboutissent à l'incertitude la plus complète.

301. Pothier pose encore comme règle que ce qui est uni par une union réelle à un héritage en suit la nature. Il en conclut que ce qui est uni, quoique pendant le mariage, par une union réelle, à un héritage propre de l'un des époux est également propre. Cette règle est générale, elle s'applique aux conquêts comme aux propres; c'est l'application du principe que l'accessoire suit la nature du principal : la chose unie à un propre faisant un seul corps

(1) Pothier. *De la communauté*, n° 170. En sens contraire, Aubry et Rau, p. 297, note 49. Comparez Troplong, t. I, p. 212, n° 603.

avec le propre, on ne conçoit pas que la chose unie ait une autre nature que celle à laquelle elle est unie et avec laquelle elle se confond.

302. Telle est l'alluvion qui, aux termes de l'art. 556, profite au propriétaire riverain. Ces accroissements se font successivement et imperceptiblement; au moment où ils se forment, on ne peut pas les distinguer de l'héritage auquel ils s'unissent, bien qu'ils puissent finir par être très-considérables. On peut donc dire de l'acquisition qu'elle se confond avec la chose principale à laquelle elle s'unit et qu'elle prend sa nature. C'est le motif juridique. Il y a aussi un motif d'équité : le propre peut être entamé, diminué par l'action des eaux, il est juste qu'il puisse recevoir une augmentation. Le même principe s'applique aux îles quand elles appartiennent au propriétaire riverain (art. 561) (1).

303. Le principe s'applique aussi aux constructions qui se font, pendant le mariage, sur un terrain propre à l'un des époux : les bâtiments prennent la nature du sol auquel ils accèdent, sauf la récompense que l'époux doit à la communauté pour les dépenses de construction. C'est la doctrine de Pothier (2), et elle est consacrée par le code civil. Aux termes de l'article 1437, toutes les fois qu'il est pris sur la communauté des sommes pour l'amélioration des biens personnels de l'un des époux, il en doit récompense; cette disposition, conçue en termes généraux, embrasse les constructions nouvelles aussi bien que les réparations et les reconstructions; il en résulte que l'époux propriétaire de l'immeuble devient propriétaire des améliorations, puisqu'il est débiteur envers la communauté qui a fait les avances. La question a été jugée en ce sens par la cour de cassation en matière fiscale. Le mari avait fait des constructions considérables sur un propre de la femme; les héritiers de la femme ayant renoncé à la communauté, le mari se rendit adjudicataire de l'immeuble. Question de savoir s'il était acquéreur pour le tout, c'est-à-dire pour la construction comme pour le sol et si,

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 479, nos 568 et 569.
(2) Pothier, *De la communauté*, no 192.

par suite, il devait les droits de mutation pour toute la valeur de l'immeuble; on prétendait, pour le mari, que les constructions n'étaient pas des améliorations. La cour de cassation décida que le tribunal de première instance avait bien jugé en condamnant le mari au payement des droits de mutation. Abstraction faite de l'article 1437, le principe de l'accession sur lequel Pothier se fonde aurait suffi pour décider la question (1).

304. Pothier exige que l'union soit réelle; si elle n'est que de simple destination, elle n'empêche pas l'héritage d'être conquêt. Par exemple, si j'ai acquis durant mon mariage une pièce de terre voisine d'une ferme qui m'appartient en propre, et si je comprends cette pièce dans le bail que je fais de la ferme comme en formant une dépendance, la terre nouvellement acquise ne laissera point d'être un conquêt; la raison en est que la ferme ne peut pas être considérée comme la chose principale dont la terre n'est qu'un accessoire; la terre était distincte de la ferme avant l'acquisition que j'en ai faite, et elle en reste distincte. Pothier ajoute qu'il en serait de même si la terre avait été annexée à un enclos, tel qu'un parc, en reculant le mur d'enceinte; l'union n'est toujours que de destination, et la terre n'est pas plus l'accessoire du parc que de la ferme (2). On a invoqué, pour soutenir l'opinion contraire, l'article 1019, qui dispose que si le testateur, après avoir légué un enclos, en augmente ensuite l'enceinte, la portion nouvellement ajoutée fera partie du legs. Nous citons l'argument comme exemple des interprétations forcées que se permettent les auteurs; celle-ci n'a point trouvé faveur. L'étendue d'un legs est une pure question d'intention; tandis qu'il ne dépend pas de la volonté de l'un des époux de créer des propres, c'est la loi qui décide ou, si l'on veut, le régime que les époux ont adopté et qui devient leur loi (3).

(1) Jugement du tribunal de la Seine, 6 juin 1855 (Dalloz, 1855, 3. 71), et Rejet, 18 mars 1856 (Dalloz, 1856, 1, 129). Comparez Rejet, 9 juin 1836 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2594).

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 194.

(3) Marcadé, t. V, p. 487, n° VII de l'article 1408. Rodière et Pont, t. I, p. 483, n° 574. En sens contraire, Taulier, t. V, p. 54.

N° 2. DES IMMEUBLES ACQUIS A TITRE GRATUIT.

I. *Des propres de succession.*

305. « Les immeubles qui échoient aux époux pendant le cours du mariage, à titre de succession, n'entrent point en communauté » (art. 1404 et 1402). C'est un principe traditionnel. Pothier pose comme règle que les immeubles qui sont *propres* en matière de succession sont aussi propres en matière de communauté. On voit que notre principe a ses racines dans l'esprit de l'ancien droit, qui, à certains égards, est encore l'esprit du droit moderne. On voulait conserver les biens dans les familles d'où ils provenaient. De là la maxime coutumière : *Paterna paternis*. Les auteurs du code civil l'ont rejetée, mais ils en ont tenu compte dans le partage par lignes, ainsi que dans la composition de la communauté; les meubles y entrent, tandis que les immeubles restent, en général, propres. C'est la seule raison qui explique le principe traditionnel que le code a consacré. En droit, il n'y avait aucun motif de distinguer les successions immobilières et les successions mobilières; les unes et les autres forment un titre personnel à l'héritier et devraient, par conséquent, lui rester propres; la tradition explique seule cette anomalie.

306. Il a été jugé que la part de l'héritier renonçant, dans une succession immobilière qui accroît à l'époux, lui est propre (1). Cela est si évident, que l'on ne comprend pas qu'on ait pu le contester. L'acceptation d'une succession se fait pour le tout, et non pour la part héréditaire du successible; lors donc qu'un héritier renonce, son cohéritier, à qui sa part accroît, ne fait pas une acquisition nouvelle. On ne peut pas même dire qu'elle lui accroisse, il la reçoit par droit de non-décroissement, donc à titre de succession; ce qui est décisif.

307. Si, dans une succession immobilière, l'un des héritiers reçoit une soulte en argent pour compléter son lot, cette soulte lui reste-t-elle propre? L'affirmative est

(1) Liége, 9 mars 1816 (*Pasicrisie*, 1816, p. 71).

certaine, comme nous l'avons dit plus haut (n° 283). Si la succession est partie mobilière et partie immobilière, est-ce le partage qui déterminera quels sont les biens qui entreront en communauté ou qui en seront exclus? C'est l'opinion générale; nous avons exposé nos motifs de douter (n° 233).

308. Les immeubles que donne l'ascendant et auxquels il succède, s'ils se trouvent en nature dans la succession du donataire, lui sont-ils propres? Le texte de la loi répond à la question : aux termes de l'article 747, les ascendants *succèdent,* à l'exclusion de tous autres, aux choses par eux données à leurs enfants et descendants décédés sans postérité. C'est donc par un droit de *succession* que les ascendants donateurs recueillent ces biens, partant ils leur sont propres. Il en est de même dans les autres cas de retour légal (art. 351, 352, 766). Nous renvoyons au titre des *Successions* pour ce qui regarde le principe (t. IX, n°s 162 et 163). L'application du principe à la communauté n'est point douteuse. Des époux communs en biens donnent à leur enfant un conquêt de communauté; l'immeuble se trouve en nature dans la succession de l'enfant décédé sans postérité : chacun d'eux y prendra la moitié à titre de succession, et l'immeuble leur sera propre pour cette moitié. Vainement dirait-on que l'immeuble leur *retourne* et qu'il doit, par conséquent, conserver la nature d'acquêt qu'il avait. C'est improprement que l'on qualifie la succession spéciale des ascendants de droit de *retour;* ils recueillent l'immeuble donné comme héritiers, donc il leur est propre. Il en serait autrement si la donation avait été faite avec clause de retour, c'est une donation sous condition résolutoire; la condition se réalisant, la donation est résolue et, par suite, l'immeuble donné est censé être toujours resté dans le patrimoine du donateur; il conserve, dans ce cas, la nature de conquêt qu'il avait (1).

309. L'immeuble acquis par le retrait successoral forme-t-il un propre? On enseigne généralement l'affir-

(1) Duranton, t. XIV, p. 251, n° 187. Troplong, t. I, p. 209, n°s 587 et suiv.

mative. Il nous est impossible d'admettre cette opinion. L'exercice du retrait successoral suppose que l'un des héritiers cède son droit à la succession; la loi permet aux autres héritiers d'écarter le cessionnaire du partage en lui remboursant le prix de la cession. Ainsi l'héritier qui use de ce droit rachète la part héréditaire de son cosuccessible; c'est une acquisition à titre onéreux faite par un époux commun en biens, elle forme donc un conquêt. Telle est la règle, à moins que l'on ne puisse appliquer l'exception de l'article 1404. Est-ce que l'époux qui use du droit de retrait acquiert les biens par succession? Ce qui caractérise cette acquisition, c'est qu'elle se fait à titre gratuit, tandis que le retrayant acquiert à titre onéreux; il paye le prix de l'immeuble dont il devient propriétaire. L'héritier acquiert en vertu du lien de sang qui l'attache au défunt; est-ce que le retrayant a droit à l'immeuble en vertu de cette vocation divine, comme disaient nos vieilles coutumes? Non, c'est son cohéritier, celui qui a cédé sa part héréditaire, qui y était appelé par Dieu; le titre du retrayant n'est autre que celui du cessionnaire à qui il est subrogé (t. X, n° 386); c'est donc un titre onéreux, partant l'immeuble est conquêt.

Que dit-on à l'appui de l'opinion générale? On affirme, et il se trouve que ces affirmations sont en opposition avec le texte et avec l'esprit de la loi. Ce sont des immeubles *échus* à l'époux à titre de *succession*, dit Duranton. Est-ce là ce que dit l'article 841? L'immeuble est échu au cédant à titre de succession, il est donc impossible qu'il soit échu au retrayant à ce titre; son titre est tout différent : il achète, il ne succède pas. D'autres auteurs disent que la cause du retrait est tout à fait personnelle au retrayant. Non, car tous les cohéritiers ont le droit de retrait, la loi le leur donne pour d'assez mauvaises raisons que nous avons exposées ailleurs; toujours est-il qu'elles n'ont rien de personnel au retrayant. Là d'ailleurs n'est pas la question; il s'agit de savoir si le retrait est un titre de succession. Oui, dit Troplong, parce que l'action dérive du droit de succession. Sans doute, l'action n'appartient qu'à celui qui est héritier, mais qu'importe? Il faut voir quelle est la

nature de l'action. C'est une action de rachat, donc une acquisition à titre onéreux (1).

Nous ne connaissons qu'un motif juridique que l'on peut alléguer à l'appui de l'opinion générale. L'héritier qui exerce le retrait le fait pendant l'indivision, puisque le retrait a pour objet d'écarter le cessionnaire du partage; il acquiert donc la portion indivise de son cohéritier, c'est-à-dire la part dans une succession dont lui-même est propriétaire par indivis. N'est-ce pas le cas d'appliquer l'article 1408 qui déclare que la portion ainsi acquise ne forme point un conquêt? L'argument est spécieux, mais il y a bien des réponses à y faire. D'abord le texte de l'article 1408 : la loi suppose que l'héritier acquiert la portion d'un *immeuble* dont il était propriétaire par indivis, et, dans l'espèce, l'héritier acquiert toute une part héréditaire. Puis l'esprit de la loi. Pourquoi l'époux copropriétaire devient-il propriétaire de tout l'immeuble? C'est une conséquence du principe établi par l'article 883. La loi suppose donc que l'acte met fin à l'indivision. Or, le retrait successoral, loin de mettre fin à l'indivision, implique un partage à faire, puisqu'il a pour but d'écarter le cessionnaire du partage. Il s'agit donc de situations tout à fait différentes; par conséquent, l'article 1408 doit être mis hors de cause.

II. *Des immeubles donnés.*

310. L'article 1405 porte : « Les donations d'immeubles qui ne sont faites pendant le mariage qu'à l'un des époux, ne tombent point en communauté, et appartiennent au donataire seul. » Nous avons déjà dit que cette disposition déroge à l'ancien droit. On dit qu'elle est fondée sur les mêmes raisons que celle qui concerne les successions (2). Il est vrai que les deux titres sont également gratuits, mais la gratuité du titre n'est pas une raison décisive. Le trésor forme un conquêt, au moins dans

(1) En sens contraire, Duranton, t. XIV, p. 251, n° 186. Rodière et Pont, t. I, p. 485, n° 577. Troplong, t. I, p. 209, n° 586.
(2) Colmet de Santerre, t. V, p. 70, n° 33 *bis* II.

notre opinion, et néanmoins c'est une acquisition à titre gratuit. Il y a, du reste, une différence capitale entre les successions et les donations. Dieu fait les héritiers, il ne fait pas les donataires, et c'est parce que Dieu fait les héritiers que les immeubles échus à titre de succession restent propres à l'héritier. On dit encore que le donateur et le donataire peuvent désirer que le bien reste dans la famille de l'époux à qui il est donné. Nous répondons que, dans l'ancien droit, on tenait bien plus à conserver les biens dans les familles, et néanmoins les donations formaient, en général, un conquêt. Il n'y a qu'une raison qui justifie, dans certains cas, la décision du code, c'est quand la libéralité est faite en avancement d'hoirie; la loi aurait dû limiter sa décision à cette hypothèse dans laquelle la donation devient un titre de succession.

311. L'article 1405 ne parle que des donations. Il va sans dire que la disposition s'applique aussi aux legs : il était inutile de les mentionner, puisque les legs sont une espèce de donation. Les motifs de décider sont d'ailleurs identiques.

312. Dans l'opinion que nous avons enseignée (n° 271), les biens donnés aux deux époux tombent en communauté, à moins que le donateur ne dise qu'ils doivent rester propres aux donataires. Il en serait de même d'une donation faite sous forme de cession; on ne considère pas le nom que les parties donnent à leurs conventions, on prend en considération la nature du contrat et l'intention des parties contractantes. Un père déclare vendre, céder et délaisser à jamais à son gendre et à sa fille un terrain à domaine congéable. L'acte porte que la cession est faite à la charge par les cessionnaires de payer la moitié des dettes de la communauté qui avait existé entre le cédant et sa femme décédée, et de le loger et nourrir, tant en santé qu'en maladie. Des difficultés s'élevèrent, après la mort du père, sur la nature de l'immeuble qu'il avait cédé : était-ce un propre ou un conquêt? Il a été jugé que la prétendue cession était, en réalité, une démission de biens, telle que le code l'a consacrée sous le nom de partage d'ascendants. Restait à savoir qui était le donataire; un partage de biens

ne peut se faire qu'entre les descendants; dans l'espèce, il n'y avait qu'une fille, c'est elle que l'ascendant avait voulu gratifier par avancement d'hoirie, donc à titre de succession, ce qui rendait l'immeuble propre (1).

313. La donation que nous venons de mentionner était faite avec charge, elle n'en conservait pas moins le caractère de libéralité, parce que les charges étaient bien loin d'égaler la valeur des biens donnés, les revenus suffisant et au delà, pour les couvrir. Dans ces termes, une donation onéreuse reste une donation et, par suite, elle tombe sous l'application de l'article 1405. Si les charges égalaient la valeur des biens, l'acte ne serait plus une donation, il y aurait cession de biens à titre onéreux, et, par conséquent, l'immeuble serait un conquêt (2).

314. Par contre, les donations déguisées sous la forme d'un contrat onéreux seraient propres à l'époux donataire. C'est la nature de l'acte qui décide s'il est propre ou conquêt et non le nom simulé que les parties lui ont donné (3).

N° 3. LES ARRANGEMENTS DE FAMILLE.

315. L'article 1406 porte : « L'immeuble abandonné ou cédé par père, mère ou autre ascendant, à l'un des deux époux, soit pour le remplir de ce qu'il lui doit, soit à la charge de payer les dettes du donateur à des étrangers, n'entre point en communauté, sauf récompense ou indemnité. » Pothier appelle cette convention un *accommodement de famille;* il dit que l'immeuble cédé à ces conditions reste propre à l'époux, par application de la règle générale, en vertu de laquelle les propres de succession sont propres de communauté. C'est dire qu'il considère l'arrangement de famille comme un avancement d'hoirie; nous allons reproduire son explication, c'est l'exposé des motifs de l'article 1406.

Un père, durant le mariage de son fils, lui fait aban-

(1) Rejet, 27 avril 1859 (Dalloz, 1859, 1, 508).
(2) Duranton, t. XIV, p. 201, n° 190. Odier, t. I, p. 131, n° 127.
(3) Battur, t. I, p. 367, n°s 245 et 246.

don d'un immeuble à la charge de payer ses dettes en totalité ou en partie. En apparence, cet acte est à titre onéreux, puisque le fils ne reçoit l'immeuble qu'à charge de payer les dettes de son père, ce qui semble équivaloir à une vente. En réalité, l'acte est un avancement de succession. En effet, le père ne fait que prévenir le temps de l'ouverture de son hérédité pour faire, de son vivant, ce qui se serait fait à sa mort, en vertu des lois qui régissent les successions. Supposons qu'il n'eût point abandonné l'héritage, son fils l'aurait recueilli comme héritier et il n'y aurait succédé qu'à la charge des dettes de son père. Voilà précisément ce que le père fait par l'accommodement de famille. Donc le fils reçoit l'immeuble en avancement d'hoirie, c'est un propre de succession, par conséquent, un propre de communauté.

Il en est de même dans le second cas prévu par l'article 1406. Un père abandonne un héritage à son fils pour demeurer quitte envers lui de ce qu'il lui doit, par exemple, du chef d'un compte de tutelle. Est-ce une vente que le père fait? En apparence, oui. En réalité, c'est un avancement d'hoirie. Si le père n'avait pas abandonné l'immeuble, le fils l'aurait recueilli dans sa succession, et sa créance contre son père se serait éteinte par confusion. Le fils reçoit donc, du vivant de son père, un héritage qu'il aurait recueilli comme héritier; c'est un avancement de succession, donc un propre de succession et, par suite, un propre de communauté (1).

316. La disposition de l'article 1406 est-elle une exception ou est-elle l'application d'un principe général? A certains égards, elle est exceptionnelle, puisqu'un immeuble acquis à titre onéreux pendant le mariage devrait être un conquêt, tandis que la loi dit qu'il n'entre pas en communauté. On peut soutenir, avec Pothier, que le titre onéreux est plus apparent que réel, puisque la cession forme, en réalité, un avancement d'hoirie, donc un titre gratuit, et un des titres gratuits qui constituent un propre, puisque l'héritage est un propre de succession. Toutefois l'expli-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 139.

cation de Pothier n'empêche pas qu'il y ait une dérogation au droit commun dans ce qu'il appelle accommodement de famille. C'est seulement sous les conditions déterminées par la loi que cet arrangement de famille est un avancement d'hoirie et qu'il en résulte un propre (1). Quelles sont ces conditions et pourquoi la loi les prescrit-elle?

317. La loi suppose d'abord que l'immeuble est abandonné par un ascendant. Si donc un autre parent faisait un abandon, sous l'une des conditions que l'article 1406 prévoit, l'immeuble ne serait pas un propre; acquis à titre onéreux par l'un des époux pendant le mariage, il formerait un conquêt. Pourquoi la loi ne permet-elle qu'à l'ascendant de faire un avancement d'hoirie? Pourquoi l'immeuble qu'un oncle abandonne à sa nièce, à charge de payer ses dettes à un tiers, est-il un conquêt, tandis que l'immeuble cédé sous la même condition par un ascendant est un propre? La disposition est traditionnelle ; il faut donc en chercher la raison dans la tradition. L'esprit de l'ancien droit est de conserver les biens dans les familles; voilà pourquoi la donation qui, en général, formait des conquêts produisait un propre lorsque le donateur était l'ascendant de l'époux donataire. Par la même raison, l'immeuble cédé par un ascendant devait rester propre à l'époux lorsque l'abandon était fait sous des conditions qui en faisaient un avancement d'hoirie; dans la pensée de l'ascendant, c'était toujours un propre de succession, donc un propre de communauté. Tandis que la donation faite par un autre parent était un conquêt, et, par identité de raison, on devait considérer comme un conquêt l'immeuble qu'un parent, un oncle, par exemple, abandonnait à l'un des époux; ce parent ne pouvait avoir qu'une intention de libéralité et non la volonté de faire un avancement d'hoirie, puisque, dans l'ordre régulier des choses, l'époux ne devait pas succéder au donateur. Voilà pourquoi on reste dans le droit commun; l'immeuble est cédé avec des charges, donc le titre est oné-

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 490, n° 582. Colmet de Santerre, t. VI, p. 73, n° 34 *bis* I.

reux et, par conséquent, l'immeuble est un conquêt (1).

318. Il ne faut pas conclure de là que la cession faite par l'ascendant n'est un avancement d'hoirie, dans le sens de l'article 1406, que lorsque l'époux est l'héritier présomptif du donateur lors de la succession, et son successible à son décès. La loi n'exige pas cette condition, dès lors l'interprète ne peut pas l'exiger. D'après les motifs donnés par Pothier, on pourrait croire que, dans ce cas, la disposition de l'article 1406 n'a plus de raison d'être. Pothier prévoit l'objection et il y répond. Il y a succession anticipée, dit-il, quand même l'aïeul aurait donné à son petit-fils pendant la vie du père ; car, quoique le petit-fils ne soit pas l'héritier direct de l'aïeul, il recueille les biens de son grand-père dans la succession de son père ; c'est donc toujours un propre de succession, par conséquent, un propre de communauté. L'esprit de la loi ne laisse aucun doute : elle veut conserver les biens dans les familles, dès lors il n'y a pas à distinguer qui fait l'abandon, si c'est l'aïeul ou le père (2).

319. L'article 1406 suppose encore que la cession est faite à celui des époux qui est le descendant du donateur. Ce n'est qu'à cette condition qu'il peut y avoir avancement d'hoirie, l'autre conjoint n'étant pas l'héritier de l'ascendant. Si l'abandon était fait au conjoint du descendant, ce ne serait plus un arrangement de famille, donc l'immeuble abandonné à titre onéreux formerait un conquêt. Si l'abandon est fait aux deux époux, il faut consulter l'intention de l'ascendant. Régulièrement ce sera un acte à titre onéreux, donc un conquêt. Mais ce pourrait aussi être une démission de biens faite au profit de l'époux héritier ; nous en avons donné un exemple emprunté à la jurisprudence (n° 312).

320. Tout abandon fait par un ascendant à l'un des époux ne forme pas un propre ; il faut que l'ascendant abandonne l'immeuble pour remplir l'époux de ce qu'il lui

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 494, n° 586.
(2) Pothier, *Introduction générale aux coutumes*, n° 67. Comparez Duranton, t. XIV, p. 262, n° 191; Colmet de Santerre, t. VI, p. 77, n° 34 *bis* VI.

doit, ou à charge de payer les dettes du donateur à des tiers. La loi dit les dettes du *donateur*. Cela implique-t-il que l'abandon doit contenir une libéralité, en ce sens que la charge soit moindre que la valeur de l'immeuble? Non; la disposition est traditionnelle, et, dans l'ancien droit, on ne considérait pas l'abandon comme une donation; Pothier l'appelle un *accommodement de famille,* et il y voit une application de la règle qu'il pose concernant les successions, à savoir que tout propre de succession est un propre de communauté. Peu importe donc quel est le montant des charges, qu'il soit supérieur ou inférieur à la valeur de l'immeuble, celui-ci sera toujours propre comme formant un propre de succession. Les motifs de la disposition consacrée par l'article 1406 reçoivent leur application dans toutes les hypothèses; le successible recueille toujours l'immeuble, sauf à supporter les charges, qu'elles soient considérables ou non (1).

Si l'abandon était fait sous d'autres conditions que celles prévues par l'article 1406, l'immeuble sera-t-il un conquêt? En général, oui, puisque la convention ne rentre pas dans les termes de l'exception : ce n'est plus un avancement d'hoirie. Telle serait la cession consentie moyennant un prix que le cessionnaire s'oblige à payer à l'ascendant; ce serait une vraie vente et, par conséquent, l'immeuble serait un conquêt. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (2). De là il ne faudrait pas conclure que toujours la cession, faite sous d'autres conditions, soit à l'un des époux, soit aux deux époux, formerait un conquêt; tout dépend de la volonté de l'ascendant, puisqu'il peut mettre à l'abandon de son immeuble telles conditions qu'il veut.

321. L'ascendant promet une dot à l'époux; pendant le mariage, il cède un immeuble en payement de ce qu'il doit de ce chef à son descendant. Est-ce le cas d'appliquer l'article 1406? L'affirmative est certaine; le texte et l'es-

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 490, n° 582, et p. 489, n° 581.
(2) Caen, 1er août 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 796). Jugement du tribunal de Liége, 29 mai 1872 (*Pasicrisie*, 1873, 3, 12). Rodière et Pont, t. I, p. 495, n° 587.

prit de la loi sont applicables. En effet, l'abandon est fait sous les conditions voulues par la loi; elle ne distingue pas de quel chef l'ascendant est débiteur, et il n'y avait pas lieu de distinguer. Cependant, dans l'ancien droit, Lebrun décidait que l'immeuble cédé en payement de la dot formait un conquêt, parce que la dation en payement équivaut à la vente. Pothier répond : Le père n'est pas censé vendre, mais exécuter la donation qu'il a faite par contrat de mariage; donc, à tous égards, il y a avancement d'hoirie. La jurisprudence et la doctrine sont en ce sens (1); nous croyons inutile d'insister, puisque le texte de la loi décide la question, et quand le texte est formel, on ne devrait plus controverser.

322. L'article 1406 dit que l'immeuble est propre à l'époux cessionnaire, « sauf récompense ou indemnité ». A qui est due la récompense, et quel en est le montant? L'indemnité suppose un préjudice qu'elle a pour objet de réparer. Comme la cession est faite avec une charge, la loi suppose que c'est avec des deniers de la communauté que l'époux paye les dettes de l'ascendant, et dans le cas où l'abandon est fait pour remplir l'époux de ce que l'ascendant lui doit, la créance de l'époux qui était tombée dans la communauté s'éteint. De là un préjudice, donc droit à une récompense. Quel sera le montant de l'indemnité? Il faut voir quelle est la perte que la communauté souffre. La succession échue est immobilière; la communauté, dans ce cas, ne supporte aucune part dans les dettes qui la grèvent; par conséquent, elle doit être indemnisée de tout ce qu'elle a perdu par l'arrangement de famille, donc de la somme qui était due à l'époux par son ascendant ou des dettes qu'elle a payées à des tiers. Si la succession échue à l'époux était en partie mobilière, en partie immobilière, ce qui est le cas ordinaire, il faut voir quelle est la portion contributoire de la communauté et de l'héritier dans les dettes. Supposons qu'elle soit de moitié, la communauté supportera la moitié des dettes que la con-

(1) Rejet, 3 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 300). Pothier, *De la communauté*, n° 136. Rodière et Pont, t. I, p. 491, n° 582.

vention met à la charge de l'époux et elle aura une récompense pour l'autre moitié; on doit, en effet, procéder pour l'avancement d'hoirie comme on procéderait si la succession était échue (1).

N° 4. DE L'ACQUISITION PAR SUITE D'INDIVISION.

I. *Le principe.*

323. L'article 1408 porte : « L'acquisition faite pendant le mariage, à titre de licitation ou autrement, de portion d'un immeuble dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt. » C'est dire que l'immeuble reste propre, même pour la portion acquise par l'époux. L'acquisition se fait à titre onéreux, elle devrait donc former un conquêt : pourquoi la loi en fait-elle un propre? Pothier et, à sa suite, la plupart des auteurs disent que cette disposition est une conséquence du principe établi par l'article 883. En droit français, à la différence du droit romain, le partage n'est point considéré comme un titre d'acquisition; il ne fait que déclarer la part que chaque héritier a dans l'hérédité, de sorte que chaque héritier est censé avoir succédé seul et immédiatement à tous les effets compris dans son lot et n'avoir jamais eu la propriété des autres effets de la succession. *Immédiatement,* dit l'article 883. Pothier explique cet effet du partage qui est décisif pour notre question : « Le défunt est censé avoir, dès l'instant de son décès, saisi en entier chacun de ses héritiers de toutes les choses comprises dans leur lot. » Une conséquence évidente de ce principe est que les immeubles échus par le partage à l'un des héritiers sont des propres de succession pour le tout, donc ils sont aussi pour le tout propres de communauté. L'article 1408 ne parle pas même du partage, sans doute parce que cela a paru trop évident au législateur; il ne mentionne que la licitation en ajoutant *ou autrement,* ce

(1) Voyez les détails dans Colmet de Santerre, t. VI, p. 75, n° 34 *bis* IV et V.

qui comprend, comme nous le dirons plus loin, tout mode d'acquisition de la portion indivise.

Si la loi mentionne spécialement la licitation, c'est que dans l'ancien droit, il y avait quelque doute sur ce point. Pothier décidait, et avec raison, qu'il fallait appliquer à la licitation le principe qui régit le partage. Il est vrai que la licitation est une vente, donc une acquisition à titre onéreux, ce qui semble faire de l'immeuble licité un conquêt. En réalité, la licitation est un mode de sortir d'indivision. En effet, quand y a-t-il lieu de liciter un immeuble indivis? L'article 1686, qui consacre la doctrine traditionnelle, répond : « Si une chose *commune* ne peut être *partagée* commodément et sans perte, ou si dans un *partage* fait de gré à gré de biens communs, il s'en trouve quelques-uns qu'aucun des *copartageants* ne puisse ou ne veuille prendre, la vente s'en fait aux enchères. » Celui des communistes qui se porte adjudicataire paye à ses cohéritiers la part qu'ils ont dans l'immeuble, et partant dans le prix. La licitation entre cohéritiers ayant le même objet et la même fin que le partage, elle est regardée, dit Pothier, comme un acte qui tient lieu du partage. De là suit que la licitation n'est pas regardée comme un titre d'acquisition ; elle ne fait que déterminer les parts que chacun des héritiers licitants a dans la chose licitée. L'adjudicataire est censé avoir succédé immédiatement au défunt pour le total de l'héritage qui lui a été adjugé et n'avoir rien acquis de ses cohéritiers; ceux-ci sont censés remplis du droit indéterminé qu'ils avaient dans la succession pour la part du prix que l'adjudicataire est tenu de leur donner, et n'avoir jamais eu aucune part dans l'héritage licité. De là la conséquence que l'héritage adjugé par licitation à l'un des héritiers lui est propre pour le total en matière de succession, donc il forme aussi un propre de communauté (1).

324. Le système de Pothier est-il celui des auteurs du code? Ce point, si important pour l'explication de la loi, est douteux. Dans la discussion qui a eu lieu au

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 140, 145 et 146.

conseil d'Etat, Tronchet a reproduit les principes tels qu'ils avaient été exposés par Pothier. Il importe, dit-il, de bien saisir les motifs de l'article 1408. La loi décide d'abord que quand l'un des époux se rend adjudicataire d'un immeuble compris dans une succession ouverte à son profit, l'immeuble lui demeure propre, non-seulement pour la part qu'il y aurait eue s'il eût été partagé, mais pour la totalité. Cette disposition est fondée sur le principe général, admis en matière de succession, que tout ce qui est recueilli à titre d'hérédité est propre et que tout corps héréditaire adjugé à l'un des héritiers est censé avoir passé dans sa main pour la totalité à ce titre (1). C'est le principe de Pothier : l'immeuble est un propre de succession, donc il est un propre de communauté. Le témoignage de Tronchet est considérable; il jouissait d'une grande autorité au conseil d'Etat et il la méritait; son opinion n'a éprouvé aucune contradiction. Et comment l'eût-on contredit? Il était l'organe de la tradition, car la tradition, pour les auteurs du code, se résume dans Pothier.

Toutefois la vraie théorie est très-douteuse. Siméon, l'orateur du Tribunat, a une autre explication de l'article 1408 : « L'un des époux a en propre la moitié dans un immeuble qu'il possédait par indivis avec un tiers. Cet immeuble est licité; l'époux copropriétaire en devient acquéreur. La moitié par lui acquise entre-t-elle en communauté? Elle semble devoir y entrer, puisque l'acquisition faite pendant le mariage a le caractère d'un conquêt de communauté. Mais alors l'indivision, que la licitation devait faire cesser, aurait continué; l'époux copropriétaire de la moitié et acquéreur de l'autre moitié aurait en commun avec son conjoint la moitié acquise. On a décidé que l'époux acquéreur se rendait propre la portion qu'il achète, à la charge d'indemniser la communauté de la somme qu'il y a prise pour son acquisition (2). »

L'explication de Siméon a été adoptée par les auteurs qui ne considèrent pas la disposition de l'article 883

(1) Séance du conseil d'Etat, du 13 vendémiaire an XII, nº 9 (Locré, t. VI, p. 355).

(2) Siméon, *Discours*, nº 22 (Locré, t. VI, p. 462).

comme un principe absolu, et le rejettent, en conséquence, en matière de communauté. Il est certain que l'art. 883 établit une fiction, et toute fiction doit être restreinte dans les limites de la loi, qui seule a le droit de créer une fiction. Quel est le but de l'article 883? C'est d'empêcher que les concessions de droits réels, notamment d'hypothèques, faites pendant l'indivision, ne grèvent l'immeuble quand, par l'effet du partage, il est mis dans le lot d'un cohéritier de celui qui a concédé l'hypothèque. Il s'agit donc dans l'article 883 des rapports des cohéritiers entre eux et avec les concessionnaires de droits réels. Dans l'article 1408, au contraire, les cohéritiers sont hors de cause, et l'on ne suppose pas de concession d'hypothèque ; il s'agit des rapports du cohéritier adjudicataire ou acquéreur avec ses propres ayants cause, car le conjoint de l'adjudicataire est son ayant cause à titre d'associé. On est donc en dehors de l'hypothèse pour laquelle la fiction du partage déclaratif a été imaginée. Dès lors il faut l'écarter et revenir à la réalité des choses. Veut-on une preuve certaine que l'article 883 n'est pas applicable en matière de communauté? Si on l'appliquait, il faudrait dire que l'époux adjudicataire sur licitation n'est pas acquéreur, partant ses cohéritiers qui reçoivent leur part du prix ne seraient pas censés recevoir un prix de ce qu'ils n'ont pas vendu ; ils recevraient donc une valeur mobilière ; par suite, cette valeur devrait entrer en communauté. Vainement dirait-on qu'elle représente une part de l'immeuble ; oui, dans la réalité ; non, d'après la fiction de l'article 883, puisque les cohéritiers n'ont jamais eu de droit dans l'immeuble. Eh bien, cette conséquence de la fiction est répudiée par tout le monde, à commencer par Pothier. Donc, il faut écarter la fiction quand il s'agit d'interpréter l'article 1408 (1).

La jurisprudence ne s'est pas prononcée d'une manière formelle sur la question. Quand on invoque l'article 883 pour interpréter l'article 1408, elle s'en tient à l'art. 1408 en écartant l'article 883, comme se rattachant à un autre

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 82, n° 36 *bis* III. Aubry et Rau, t. V, p. 310, note 90, § 507.

ordre d'idées (1). En d'autres termes, elle applique le texte de l'article 1408, sans se préoccuper des motifs qui l'ont fait porter. Nous croyons qu'elle fait bien. Comment se prévaloir des motifs, alors qu'on les ignore? Au témoignage de Tronchet on oppose celui de Siméon, c'est-à-dire que le conseil d'Etat et le Tribunat sont en opposition. Premier doute. Recourra-t-on à la tradition? Nous avons dit ailleurs que le sens de la tradition, en ce qui concerne l'article 883, est très-douteux. Sur le point de savoir si le principe du partage déclaratif est applicable à la communauté, Pothier est en désaccord avec Lebrun. Ainsi une tradition incertaine et des travaux préparatoires incertains. Quand l'esprit de la loi est douteux, il devient très-chanceux de s'en prévaloir; force est de s'en tenir au texte.

325. La première condition requise par l'article 1408, pour que l'acquisition devienne un propre, est qu'elle soit faite par l'un des époux qui était propriétaire *par indivis* de l'immeuble. Il faut donc que l'acquisition se fasse pendant l'indivision. S'il y avait eu partage, l'époux serait propriétaire d'une part divise qui formerait un propre, et s'il acquérait ensuite la part divise de son copartageant, cette part formerait un conquêt, comme ayant été acquise par vente pendant le mariage. La cour de Douai l'a décidé ainsi, et cela ne fait aucun doute. Dans l'espèce, l'époux était propriétaire d'un cinquième divisé, du chef de sa mère; postérieurement il acquit les quatre autres cinquièmes. Il avait fait construire sur l'héritage un corps de ferme après le partage et avant l'acquisition nouvelle. Il en résultait que la jouissance des deux fractions de l'héritage était indivisible, ce qui compliquait singulièrement la situation en fait. En droit, il n'y avait pas de doute; la construction de la ferme ne pouvait pas changer la nature des terrains, puisque les bâtiments sont l'accessoire et le terrain est le principal. La cour maintint le droit et trancha la difficulté de fait en ordonnant la licitation (2).

(1) Rejet, 30 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 1, 171).
(2) Douai, 20 mars 1828 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 821).

326. Doit-on tenir compte de la cause de l'indivision? La question est de savoir s'il faut rechercher de quelle manière l'époux a acquis son droit de copropriété dans l'héritage indivis. Il suffit de lire le texte pour décider la question négativement; l'interprète ne peut pas établir des conditions que la loi ignore. Les travaux préparatoires ne laissent aucun doute sur l'intention du législateur. Le projet, tel qu'il avait été adopté par le conseil d'Etat, limitait la disposition à « l'immeuble acquis *par licitation sur une succession échue à l'un des époux*, et dont ce dernier était copropriétaire par indivis. » Cette restriction n'avait aucune raison d'être; on l'aurait comprise, dans l'ancien droit, comme conséquence de la théorie des propres de succession; mais cette théorie étant abandonnée, il importe peu quelle est l'origine de l'indivision. Le Tribunat en fit l'observation et émit l'avis que « la disposition de l'article 1408 ne devait pas seulement avoir lieu lorsqu'il s'agirait d'une acquisition sur licitation d'un objet provenant de succession à l'un des époux, mais bien encore lorsqu'il serait question d'immeubles indivis, à quelque titre que l'un des époux y eût une portion (1). » Le conseil d'Etat tint compte de l'observation et, par suite, la disposition fut rédigée en termes généraux qui excluent toute distinction.

327. De même l'époque à laquelle l'indivision a commencé est indifférente; il n'est pas requis qu'elle ait commencé avant le mariage. Tout ce que le texte exige, c'est que le droit indivis appartenant à l'époux soit un propre; sous ce rapport, il y a lieu de distinguer. Quand l'époux acquiert un droit indivis avant le mariage, ce droit lui est nécessairement propre, puisque tout droit immobilier appartenant à l'époux lors de la célébration du mariage lui est propre, qu'il provienne d'une succession ou d'une acquisition à titre onéreux. Il n'en est plus de même quand l'époux acquiert le droit indivis pendant le mariage; il doit l'acquérir en vertu d'un titre qui constitue un propre.

(1) Observations du Tribunat, n° 8 (Locré, t. VI, p. 377). Rodière et Pont, t. I, p. 515, n° 603.

tels sont les titres de succession et de donation. S'il acquiert un droit indivis par vente, l'acquisition sera un conquêt; ce qui rend l'article 1408 inapplicable (1).

328. L'article 1408 s'applique à toute acquisition, faite pendant le mariage, de portion d'un immeuble dont l'époux était copropriétaire par indivis. Peu importe à quel titre se fait l'acquisition. L'article 1408 dit : « à titre de licitation, *ou autrement* ». Le terme *ou autrement* comprend tous les modes d'acquisition, sans en excepter un seul. Il a été ajouté, sur les observations du Tribunat, de sorte qu'il n'y a aucun doute sur l'esprit de la loi. Le Tribunat dit qu'il n'y avait pas de raison de limiter le droit de l'époux au cas où il aurait acquis la portion indivise par licitation; son droit doit être le même dans le cas de toute acquisition volontaire, parce qu'il y a parité de motif.

Pothier appliquait également la disposition que l'article 1408 a consacrée à la vente de la portion indivise que le copropriétaire fait à l'époux. Il rattache cette décision au principe du partage déclaratif. La vente, dit-il, n'est pas une vraie vente, le but des parties est de faire cesser l'indivision; c'est donc un partage, et l'acte en a les effets en ce qui concerne la succession et la communauté; l'héritage est un propre de succession à l'égard de l'époux, donc il constitue aussi un propre de communauté (2).

En faut-il dire autant de l'adjudication qui se fait après expropriation forcée d'un immeuble saisi sur l'époux et ses copropriétaires? La question, controversée dans l'ancien droit, l'est encore en droit moderne. Cependant l'affirmative tend à prévaloir, et elle ne nous paraît pas même douteuse au point de vue des textes. Les termes de l'article 1408 sont tellement absolus, qu'ils ne comportent aucune distinction. On objectait, dans l'ancien droit, que l'héritier copartageant ou colicitant agit comme héritier, il acquiert donc comme tel; partant l'immeuble est un propre de succession, donc un propre de communauté.

(1) Rodière et Pont établissent très-bien ce point (t. I, p. 515, nos 604-606).

(2) Pothier, *De la communauté*, n° 148.

Mais l'héritier qui devient adjudicataire sur expropriation forcée ne diffère pas des autres enchérisseurs; il vend comme héritier, il achète comme tout tiers. Ici est l'erreur; les tiers n'ont aucun droit dans l'immeuble, tandis que l'héritier y a un droit : et comment achèterait-il la part dont il est propriétaire? Merlin répond avec son admirable logique : « Pour qu'il y eût acquisition par l'héritier de sa part, il faudrait qu'il eût cessé d'être propriétaire au moins quelques instants et qu'il eût ensuite repris l'immeuble à un titre différent. Mais à quel moment assigner cette cessation de propriété? Est-ce au moment de l'adjudication? Supposera-t-on que la justice a été propriétaire? Ce serait une supposition absurde, la propriété des citoyens ne passe point dans les mains de la justice. Mais si la propriété de l'héritier n'a pas cessé un instant, il est donc propriétaire au même titre, avant et après l'adjudication; il possède donc toujours les biens comme héritier et avec la qualité de propre. » C'est le principe de Pothier : tout propre de succession est propre de communauté. Mais on ne peut plus raisonner comme Pothier le faisait pour la vente : ceux qui poursuivent l'expropriation forcée n'agissent point pour faire cesser l'indivision, ils n'ont en vue que la réalisation de leur gage. Cela prouve qu'il faut laisser de côté le principe du partage déclaratif (1).

329. Faut-il que l'acquisition par l'époux de la portion indivise fasse cesser l'indivision d'une manière complète? C'est une question très-controversée; les auteurs sont divisés, ainsi que les arrêts. Si l'on s'en tient au texte de l'article 1408, la solution n'est pas douteuse. La loi n'exige point que l'indivision cesse, tout ce qu'elle veut, c'est que l'époux acquière pendant le mariage portion d'un immeuble dont il était propriétaire par indivis. Cela est décisif. L'interprète ne peut pas prescrire des conditions que la loi ignore. On objecte que le texte de la loi ne doit

(1) Merlin, *Questions de droit*, au mot *Propres*, § II, n° 5. Rodière et Pont, t. I, p. 530, n° 615. Aubry et Rau, qui avaient enseigné l'opinion contraire dans les premières éditions, ont changé d'avis dans la dernière (t. V, p. 311, note 93, § 507).

point être séparé des motifs qui l'ont fait porter. En thèse générale, cela est d'évidence, et c'est bien ce que nous faisons dans ce long travail; notre but est de ramener les principes et les controverses au texte et à l'esprit de la loi. Mais quel est l'esprit de la loi? Quels sont les motifs? Si l'on écoute Pothier et Tronchet, il faut dire que l'acquisition de l'article 1408 doit équivaloir au partage, c'est-à-dire qu'elle doit faire cesser l'indivision; donc si l'indivision subsiste, nous sommes en dehors du texte interprété par la tradition. Non, dit Lebrun, le principe du partage déclaratif n'est pas applicable en matière de communauté. L'orateur du Tribunat ajoute que le seul but de l'article 1408 est de favoriser la cessation de l'indivision; or, on la favorise en la faisant cesser partiellement; donc on doit appliquer la loi dès que l'époux acquiert une portion indivise de l'héritage. Voilà deux solutions toutes différentes qui découlent l'une et l'autre de ce que l'on peut appeler l'esprit de la loi, c'est-à-dire de la tradition et des travaux préparatoires. C'est que l'esprit de la loi est incertain. Dans cette incertitude, nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte.

Que dit-on pour l'opinion contraire? Rodière et Pont, qui la défendent très-bien, font un aveu qui nous paraît décisif contre eux : ils reconnaissent « qu'il n'y a pas dans le texte l'indication précise, explicite, expresse, de la condition à laquelle ils subordonnent l'application de l'article 1408. » Les interprètes peuvent-ils prescrire une condition pour l'exercice d'un droit? Non, certes, il faut un texte, ou il faut que la condition découle de la nature même du droit. De texte, il n'y en a pas, on l'avoue. On invoque l'esprit de la loi, mais ce que l'on dit prouve combien cet argument est chanceux. Rodière et Pont se prévalent du discours de Siméon, et nous avons dit que le discours de l'orateur du Tribunat est le grand argument que l'opinion contraire oppose à Tronchet et à Pothier (nos 323, 324). Ainsi une seule et même autorité doit prouver que l'article 1408 doit être interprété par l'article 883 et qu'il ne doit pas être interprété par cet article! Comment voir dans des précédents aussi douteux une autorité

qui tienne lieu du texte et qui suffise pour prescrire une condition que la loi n'établit point (1)?

La jurisprudence est aussi incertaine que la doctrine, et on se dispute les arrêts comme on se dispute la tradition. Un seul et même arrêt est cité par les uns pour en induire que l'acquisition n'est pas un propre quand elle ne fait pas cesser entièrement l'indivision, et par les autres pour établir la thèse contraire (2). Il est certain que la jurisprudence est divisée (3), et comme elle n'apporte pas de nouvelles lumières dans le débat, il est inutile de la discuter.

330. Il y a un point sur lequel tout le monde est d'accord : l'article 1408 est applicable quand l'époux acquiert toutes les parts de ses copropriétaires, quand même cela se ferait successivement et par des actes séparés. Dans l'opinion que nous venons d'enseigner, cela n'est pas douteux, puisque chacun des actes successifs forme un propre au profit de l'époux. Dans l'opinion qui exige que l'indivision cesse complétement, il y a un doute très-sérieux. Les premières acquisitions ne faisant cesser l'indivision que partiellement, ne forment pas des propres par elles-mêmes, donc elles entrent en communauté : comment des acquêts peuvent-ils ensuite être transformés en propres lorsque l'indivision vient à cesser entièrement? Il faut supposer pour cela que les diverses acquisitions ne forment qu'un seul et même acte; mais cette supposition est une fiction que le législateur seul peut créer (4).

Il y a un arrêt de la cour de Rouen en ce sens, mais il ne fait qu'augmenter la confusion quand on en pèse les motifs. La cour part du principe que l'article 1408 est

(1) Comparez, en sens divers, Aubry et Rau, t. V, p. 311, note 94, § 507, et les autorités qu'ils citent, et Rodière et Pont, t. I, p. 519 et suiv., n°s 609 et 610.

(2) Rejet, 10 juillet 1850 (Dalloz, 1851, 1, 26). Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 521, n° 610; Marcadé, t. V, p. 477, n° I de l'article 1408, et *Revue critique*, t. I, p. 528 et suiv.

(3) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 312, note 94. Il faut ajouter, dans le sens de notre opinion, Bordeaux, 15 mai 1871 (Dalloz, 1871, 2, 237), et Bruxelles, 27 janvier 1855 (*Pasicrisie*, 1855, 2, 377). En sens contraire, Bruxelles, 20 mai 1848 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 115).

(4) Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 524, n° 611, et Marcadé, *Revue critique*, t. I, p. 528 et suiv

fondé sur la volonté des parties contractantes ; elle dit que la loi présume que l'époux, en achetant des parts indivises, a l'intention, non de faire un conquêt, mais de compléter sa propriété personnelle. Cela suppose qu'il dépend de la volonté des époux de faire des propres. Non, tel n'est point le système du code. En se mariant sous le régime de communauté, les époux conviennent tacitement que toute acquisition pendant le mariage forme un conquêt; cette convention est une loi qu'ils ne peuvent pas changer à leur guise; il ne leur est pas permis de déclarer qu'un acquêt est un propre. L'article 1408 est donc fondé sur la volonté du législateur, et non sur celle de l'époux. Sur le pourvoi dirigé contre l'arrêt de Rouen, la cour de cassation a rendu un arrêt de rejet à peine motivé : la loi, dit-elle, n'a point établi de distinction entre le cas où l'acquisition aurait eu lieu par un seul et même acte et celui où elle aurait eu lieu par plusieurs actes distincts et successifs (1). Mais la distinction ne résulte-t-elle pas du principe même sur lequel l'article 1408 repose, si l'on admet que l'indivision doit cesser complétement? C'est donc ce principe qu'il fallait commencer par discuter, soit pour l'admettre, soit pour le rejeter.

331. L'article 1408 est-il applicable lorsque l'époux acquiert des parts indivises dans une succession partie mobilière, partie immobilière? Cette question est très-controversée et elle est douteuse. Nous croyons que la négative résulte du texte de la loi, et toutes les difficultés qui s'élèvent en cette matière difficile doivent se décider par le texte, puisque l'esprit de la loi est incertain. Que dit le texte? « L'acquisition faite pendant le mariage de portion d'*un immeuble*, dont l'un des époux était propriétaire par indivis, ne forme point un conquêt. » La loi suppose donc que c'est un immeuble qui est indivis entre l'époux et un copropriétaire; or, dans l'espèce, ce n'est pas un immeuble qui est indivis, c'est une succession composée de meubles et d'immeubles, une universalité. Il faudrait une interprétation extensive pour étendre à l'acqui-

(1) Rouen, 10 mars 1849, et Rejet, 30 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 1, 171).

sition d'une portion indivise dans une *succession* ce que l'article 1408 dit de l'acquisition d'une portion indivise dans un *immeuble*. On objecte que le mot *immeuble*, dans l'article 1408, ne désigne pas un corps certain, qu'il est employé par opposition au terme *meuble*, pour indiquer les objets qui, d'après leur nature, sont exclus de la communauté. Nous répondons que cette interprétation est forcée. De quoi s'agit-il dans l'article 1408 et dans les dispositions qui le précèdent? Après avoir posé en principe, dans l'article 1401, que les *immeubles* acquis pendant le mariage sont des conquêts, la loi fait des exceptions à cette règle; or, l'exception ne peut porter que sur l'objet compris dans la règle. Est-ce que la règle de l'article 1401 s'applique à l'acquisition d'une part indivise dans une succession? Non, certes; elle suppose un immeuble déterminé, donc il en doit être de même des exceptions : il s'agit toujours de savoir si *tel immeuble* acquis pendant le mariage est un conquêt ou un propre. Cela est évident de l'article 1405, si on le considère comme une exception à l'article 1401 : les *donations d'immeubles* sont des donations de choses immobilières déterminées. Il en est de même des arrangements de famille dont parle l'article 1406, de l'immeuble acquis à titre d'échange contre un immeuble propre. Jusqu'ici la règle et les exceptions ne portent que sur des immeubles considérés comme corps certains. Et l'on veut que l'article 1408, qui fait suite à ces dispositions, prenne le mot *immeuble* dans un sens différent! Tout le texte de la loi résiste à cette interprétation extensive. L'article 1408 suppose que l'immeuble est acquis par licitation, et le projet ne comprenait que la licitation. Est-ce qu'on licite toute une succession? L'article 1686 répond à notre question : « Si *une chose* commune à plusieurs ne peut être partagée commodément et sans perte; ou si, dans un partage de biens communs, il s'en trouve *quelques-uns* qu'aucun des copartageants ne puisse ou ne veuille prendre. » Donc le titre même en vertu duquel l'époux acquiert implique qu'il acquiert une portion indivise dans un immeuble déterminé. Le second alinéa de l'article 1408 se sert du mot *effet* pour désigner l'im-

meuble acquis. Est-ce qu'on qualifie d'*effet* la portion indivise dans une succession?

La question que nous discutons se présente d'ordinaire quand la femme veut exercer le droit d'option que l'article 1408 lui accorde, dans le cas où le mari est devenu acquéreur en son nom de portion d'un immeuble appartenant par indivis à la femme. Il y a alors un nouveau motif de douter qui confirme notre opinion. L'option qui implique le droit de retrait est une exception, un vrai privilége que la loi accorde à la femme; c'est donc une faculté doublement exceptionnelle : peut-on l'étendre hors des termes précis de la loi? Non. La loi permet à la femme de laisser l'*effet* à la communauté ou de retirer l'*immeuble;* donc il n'est question que d'une chose déterminée, ce qui est décisif : on n'étend pas les priviléges.

On objecte que l'esprit de la loi résiste à cette interprétation restrictive. Sans doute le législateur aurait pu étendre l'exception et le privilége qui en résulte pour la femme; au point de vue législatif, on peut dire qu'il y avait même motif. Mais il ne s'agit pas de savoir ce que les auteurs du code auraient pu ou dû faire, il s'agit de savoir ce qu'ils ont fait. Or, ce qu'ils ont fait est clairement exprimé; et quand la loi est claire, il faut s'y tenir, sinon l'interprète risque, en recourant au prétendu esprit de la loi, de faire dire au législateur autre chose que ce qu'il a voulu dire (1).

La jurisprudence s'est prononcée en faveur de l'opinion que nous avons adoptée (2), sauf un arrêt de la cour de Riom (3).

332. L'immeuble acquis dans le cas prévu par l'article 1408 forme un propre au profit de l'époux, sauf, dit l'article 1408, à indemniser la communauté de la somme qu'elle a fournie pour cette acquisition. C'est un des cas dans lesquels il est dû récompense à la communauté par

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 540, n° 625; Odier, t. I, p. 139, n° 136. En sens contraire, Troplong, t. I, p. 231, n° 676; Aubry et Rau, t. V, p. 312, note 95.

(2) Voyez les arrêts cités par Aubry et Rau. Il faut y ajouter Montpellier, 5 avril 1870 (Dalloz, 1870, 2, 226).

(3) Riom, 15 novembre 1869 (Dalloz, 1869, 2, 231).

l'époux qui en a retiré un profit personnel (art. 1437). Régulièrement l'acquisition se fera avec les deniers de la communauté, puisque, sous ce régime, les époux mettent en commun leur fortune mobilière présente et future.

II. *Du droit d'option de la femme.*

333. Le deuxième alinéa de l'article 1408 suppose que le mari devient seul et en son nom personnel acquéreur ou adjudicataire de portion ou de la totalité d'un immeuble appartenant par indivis à la femme. Celle-ci a, dans ce cas, le choix ou d'abandonner l'effet à la communauté, ou de retirer l'immeuble. C'est ce qu'on appelle le droit d'option et le retrait d'indivision.

Cette disposition déroge au droit commun sous bien des rapports. Quand le mari acquiert la portion indivise appartenant aux copropriétaires de la femme, il fait une acquisition à titre onéreux; en vertu de l'article 1401, l'immeuble ainsi acquis devient un conquêt. D'après l'article 1408, au contraire, la femme peut retirer cet immeuble de la communauté et en faire un propre. Ainsi un conquêt est transformé en propre. Si le mari acquiert la totalité de l'immeuble dont une part indivise appartient à la femme, l'acquisition serait nulle, d'après le droit commun, pour la part de la femme, car la vente entre époux est défendue (art. 1595); l'article 1408 déroge encore à ce principe, il maintient la vente pour le tout, donc pour la part de la femme; celle-ci peut reprendre tout l'immeuble comme si elle l'avait acheté, mais elle n'aurait pu acheter que la part indivise de ses copropriétaires, tandis que le mari a acquis tout l'immeuble; la femme, en se substituant au mari, se trouve donc avoir acheté la part qu'elle avait dans l'immeuble.

Tout est anormal dans le droit conféré à la femme : il y a privilége en fait comme en droit. La femme a le choix d'abandonner l'effet à la communauté ou de l'en retirer. Elle se déterminera naturellement d'après son intérêt; elle attendra, pour se prononcer, le résultat de l'acquisition. Est-elle avantageuse, la femme retirera l'effet; est-elle

mauvaise, la femme abandonnera l'effet à la communauté. Il résulte de là que la femme pourra s'avantager aux dépens de la communauté. L'immeuble acquis par le mari était conquêt, il augmente de valeur par la construction d'un chemin de fer, par le développement que prend l'industrie ; la femme retirera l'immeuble et privera la communauté du bénéfice d'une acquisition dont le mari devait profiter aussi bien que la femme. Voilà une nouvelle dérogation à un principe fondamental de notre régime : la loi ne veut pas que l'un des époux s'avantage aux dépens de la communauté, et elle-même offre à la femme un avantage aux dépens de son associé (1).

Quel est le motif de ces dérogations au droit commun et de ce privilége? La loi accorde bien des priviléges à la femme à raison de la position subordonnée qu'elle a sous le régime de communauté ; l'exception consacrée par l'article 1408 a le même fondement. La femme est propriétaire par indivis d'un immeuble ; nous supposons qu'elle ait intérêt à acquérir les portions indivises de ses copropriétaires ; elle voudrait le faire, mais le mari la prévient ; ce serait à lui, comme administrateur des biens de la femme, de faire l'acquisition pour elle et en son nom ; au lieu de veiller aux intérêts de sa femme, il agit comme chef de la communauté, afin de prendre sa part dans le bénéfice de l'acquisition. La loi n'a pas pu favoriser ce calcul intéressé, il aboutirait à priver la femme du droit que lui donne l'article 1408 d'acquérir comme propre la totalité de l'immeuble dans lequel elle a une part indivise. Pour lui garantir l'exercice de ce droit, le code lui donne le choix ou de laisser l'immeuble à la communauté, ou de l'en retirer pour son compte. Seulement l'exercice du droit permet à la femme de s'avantager aux dépens de la communauté, ce qui n'est pas juste ; elle aurait dû fixer un délai à la femme pour faire son choix, cela suffisait pour garantir ses droits et ses intérêts (2).

334. Le caractère exceptionnel de l'article 1408 donne

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 84, n° 37 *bis* I et II.
(2) Comparez Rodière et Pont, t. I, p. 539, n° 622.

lieu à une difficulté. On demande si la femme peut se prévaloir du droit d'option quand elle n'est pas mariée sous le régime de communauté. La doctrine et la jurisprudence se sont prononcées pour l'affirmative. Il nous semble qu'il faut distinguer. Si les époux ont adopté la communauté d'acquêts, ou toute autre clause de communauté conventionnelle, la question n'est pas douteuse. Il est de principe que la communauté conventionnelle reste soumise aux règles de la communauté légale pour tous les cas auxquels il n'y a pas été dérogé par le contrat (art. 1528). Or, la communauté d'acquêts ne déroge pas à l'article 1408; ce qui décide la question. A notre avis, les parties contractantes ne pourraient pas même déroger à l'article 1408, car c'est une des dispositions qui tendent à garantir la femme contre l'abus de la puissance presque absolue que la loi accorde au mari sous le régime de communauté. La cour de Pau l'a décidé ainsi implicitement, sans même discuter la question (1). La solution est la même quand les époux, en se mariant sous le régime dotal, ont stipulé une société d'acquêts; cette société est une clause de communauté conventionnelle, donc il faut appliquer le principe d'interprétation établi par l'article 1528; c'est dire que la femme peut se prévaloir de l'article 1408. La cour de cassation l'a jugé ainsi implicitement, et, en réalité, il n'y a point de doute (2).

En est-il de même quand les époux sont mariés sous le régime dotal, sans société d'acquêts? Non, à notre avis; la disposition de l'article 1408 est exceptionnelle à tous égards, donc elle est de stricte interprétation et on ne peut l'étendre, même par voie d'analogie. Le texte de la loi résiste à toute interprétation extensive. Il s'agit de savoir si un immeuble est propre ou acquêt; or, il n'y a de propres et d'acquêts que sous le régime de communauté. Quel est le droit que l'article 1408 donne à la femme? Elle a un droit d'option qui implique le retrait d'indivision, ces droits ne se conçoivent que lorsqu'il y a communauté : comment la loi abandonnerait-elle un immeuble à une

(1) Pau, 6 juin 1860 (Dalloz, 1860, 2, 198).
(2) Rejet, 30 janvier 1850 (Dalloz, 1850, 1, 171).

communauté qui n'existe point? et comment retirerait-elle un immeuble de la communauté alors qu'il n'y en a pas? On objecte que la disposition de l'article 1408 a été empruntée au droit écrit. Il est vrai qu'il y avait dans le droit romain une disposition analogue, mais elle avait un autre caractère et d'autres effets; cette disposition, le code civil ne l'a pas maintenue; dès lors elle est abrogée, de même que tout le droit romain; le code n'a reproduit que la règle coutumière, et celle-là ne concernait que le régime de communauté. Vainement dit-on qu'il y a même motif de décider. Non; la puissance du mari sous le régime de communauté est bien plus grande que sous le régime dotal, la femme y est sans droit et le mari est seigneur et maître. On objecte qu'il est administrateur, sous les deux régimes, des biens de la femme et que l'art. 1408 a pour objet un acte d'administration. Cela est vrai, et le législateur aurait dû reproduire pour la femme dotale la disposition du droit coutumier, comme il a reproduit la disposition du droit écrit en faveur de la femme commune en biens. Il ne l'a pas fait, et l'interprète n'a pas le droit de le faire en étendant au régime dotal une disposition qui implique la communauté; en l'étendant, on est obligé de l'altérer; cela s'appelle faire la loi (1).

335. La loi donne à la femme le droit d'option et de retrait. On demande si les héritiers de la femme ont le même droit. L'affirmative est certaine. Tout droit, en règle générale, se transmet aux héritiers et autres successeurs universels, parce qu'on est censé avoir stipulé pour soi et pour ses héritiers et ayants cause; l'article 1122 ajoute une restriction : à moins que le contraire ne résulte de la nature de la convention. La question est donc de savoir si la convention tacite de l'article 1408 donne à la femme un droit qu'elle seule peut exercer. Nous avons répondu d'avance à la question en déterminant la nature du droit. C'est un droit pécuniaire que la femme exerce

(1) En sens contraire, tous les auteurs, sauf Bellot, et tous les arrêts, sauf un arrêt de Toulouse. Voyez les citations dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nos 832, 833 et 838. Il faut ajouter, dans le sens de l'opinion générale, Rejet, 1er mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 511), et Grenoble, 18 août 1854 (Dalloz, 1856, 1, 61).

selon son intérêt; or, l'intérêt des héritiers est identique avec celui de la femme; rien n'empêche donc que le droit leur soit transmis. On objecte que la loi ne le donne à la femme que par des considérations toutes personnelles, à raison de la dépendance où elle se trouve à l'égard de son mari. Nous répondons que peu importe la cause du droit, cela n'influe point sur la nature du droit. Il y a des droits plus importants que la loi accorde à la femme commune comme compensation du pouvoir absolu du mari, et elle les accorde néanmoins aux héritiers de la femme : tel est le droit de renoncer à la communauté (art. 1466). Il en est de même de tous les autres priviléges dont jouit la femme commune; ce sont des droits patrimoniaux et, à ce titre, ils appartiennent aux héritiers. La doctrine est unanime sur ce point, et il ne paraît pas que cela ait jamais été contesté devant les tribunaux (1).

336. Autre est la question de savoir si les créanciers de la femme peuvent exercer le droit d'option et de retrait; elle est très-controversée, nous l'avons examinée ailleurs (t. XVI, n° 428).

337. Il ne vaut presque pas la peine de demander si le mari aurait le droit d'option et de retrait, en supposant que la femme acquière un immeuble dont le mari est copropriétaire par indivis. La négative est certaine; le mari ne peut pas reclamer des priviléges que la loi accorde contre lui à la femme, à raison de la dépendance de celle-ci et du pouvoir absolu du mari; ainsi le mari ne peut pas renoncer à la communauté. Par la même raison, il ne peut exercer le droit d'option et de retrait. L'immeuble acquis par la femme sera donc un conquêt. Mais l'acquisition sera-t-elle valable pour le tout? Oui, si elle n'a acquis que les parts des copropriétaires du mari. Non, si elle a aussi acquis la part du mari; l'acquisition serait nulle pour cette part, puisque la loi prohibe la vente entre époux (2).

(1) Duranton, t. XIV, p. 272, n° 203. Toullier, t. VI, 2, p. 176, n° 169. Rodière et Pont, t. I, p. 543, n° 632. Aubry et Rau, t. V, p. 313, note 98. Colmet de Santerre, t. VI, p. 95, n° 37 *bis* XV.

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 96, n° 37 *bis* XVI, et tous les auteurs.

338. Pour que la femme ait les droits que lui confère 'article 1408, il faut que le *mari* devienne *seul*, et en son nom personnel, acquéreur ou adjudicataire. Le *mari* doit acquérir la portion indivise ou la totalité de l'immeuble. Si la femme fait l'acquisition, elle ne se trouve plus dans le cas du deuxième alinéa, on lui applique la règle établie par le commencement de l'article; cette règle est générale : l'*un des époux*, dit le texte; donc la femme aussi bien que le mari. Par conséquent, l'immeuble lui sera propre par l'effet du contrat d'acquisition, il ne peut plus s'agir d'opter et de laisser l'immeuble à la communauté : l'immeuble est propre pour le tout à la femme et il lui reste propre.

L'article 1408 suppose que le mari est devenu *seul* acquéreur ou adjudicataire de l'immeuble; si la femme a concouru à l'acte, on n'est plus dans le cas prévu par l'exception, donc on rentre sous l'empire de la règle; l'immeuble sera propre à la femme par l'effet du contrat; il ne peut plus être question de l'abandonner à la communauté. Nous disons que l'immeuble est propre à la femme en vertu de l'acte où elle figure comme acquéreur ou adjudicataire de l'immeuble. C'est l'opinion de Pothier, ainsi que des auteurs modernes, et elle est consacrée par la jurisprudence. Il y a cependant un motif de douter. Le mari figure au contrat, non pour autoriser sa femme, mais comme partie, donc comme acquéreur; or, le mari ne peut pas invoquer le bénéfice de l'article 1408, car il n'est pas propriétaire par indivis de l'immeuble; donc il fait une acquisition ordinaire, et partant, à son égard, l'immeuble est conquêt; et s'il est conquêt pour le mari, n'en faut-il pas conclure que les deux époux, en achetant en commun, ont entendu acheter pour la communauté et non pour la femme? Pothier répond que la présence du mari au contrat reçoit encore une autre interprétation. Il a la jouissance de la part appartenant à sa femme, et il aura la jouissance de la portion indivise que la femme acquerra à titre de propre; sous ce rapport, il est intéressé à l'acquisition, tandis que si l'acquisition devait former un conquêt, la présence de la femme ne s'expliquerait point; c'est le

mari qui seul devrait figurer à l'acte, la femme étant étrangère à tout ce qui concerne la communauté. Donc il est plus naturel d'interpréter le contrat en ce sens que la femme a entendu profiter du droit que lui donne l'article 1408, et que le mari a concouru à l'acte à raison de la jouissance qu'il a du propre de la femme. Le code a consacré implicitement cette doctrine en disposant dans l'article 1408 que la femme a le droit d'option et de retrait quand le mari *seul* est acquéreur ; ce qui implique que lorsque la femme est acquéreur avec son mari, on n'est plus dans l'exception ; donc on rentre dans la règle (1).

Il se peut néanmoins que l'immeuble acquis par les deux époux ne devienne pas un propre de la femme. Le droit que l'article 1408 lui accorde est un privilége dont la femme est libre d'user ou de ne pas user ; elle peut renoncer au bénéfice de l'exception, comme nous le dirons plus loin, et laisser l'acquisition sous l'empire du droit commun. Le cas s'est présenté devant la cour de Bruxelles. Dans l'espèce, la femme était propriétaire par indivis ; durant le mariage, elle acquit, avec son mari, la portion indivise appartenant à son copropriétaire ; les deux époux déclarèrent que c'était pour compte commun, c'est-à-dire pour la communauté. Depuis le décès du mari, la portion acquise fut toujours considérée comme conquêt par la femme et même par ses héritiers. Quand ceux-ci réclamèrent ensuite l'immeuble comme propre, la cour leur opposa que l'article 1408 était hors de cause, les deux époux ayant voulu acquérir un conquêt (2).

339. L'article 1408 ajoute : et *en son nom personnel*. Cela veut dire que le mari agit comme chef de la communauté, comme il agit régulièrement quand il fait une acquisition, puisque toute acquisition se fait au nom de la communauté et devient un conquêt. Mais le mari, sous notre régime, a encore une autre qualité, il est administrateur des biens de la femme, et comme tel, il doit veiller

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 152, et tous les auteurs modernes (Aubry et Rau, t. V, p. 312, note 96). La jurisprudence est en ce sens (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 845).

(2) Bruxelles, 31 décembre 1847 (*Pasicrisie*, 1849, 2, 305).

à ses intérêts, ainsi qu'un bon père de famille veille à ses intérêts propres. Or, dans l'espèce, il peut être de l'intérêt de la femme d'acquérir les portions indivises de l'immeuble dont elle est copropriétaire, afin de posséder tout l'immeuble à titre de propre. Si le mari, agissant dans l'intérêt de la femme, déclare, en acquérant les portions indivises de l'immeuble dont elle est copropriétaire, qu'il fait cette acquisition au nom de la femme, quel sera l'effet de cette déclaration? L'acquisition sera-t-elle un propre de la femme en vertu du premier alinéa de l'article 1408? ou sera-t-elle un conquêt, sauf à la femme à user du droit que lui donne le deuxième alinéa de retraire l'immeuble de la communauté pour en faire un propre? La question est controversée. Au premier abord, on est porté à croire que l'acquisition ne peut pas être un conquêt, puisque le mari n'a pas agi au nom de la communauté; et si l'immeuble n'est pas un conquêt, n'en faut-il pas induire que l'immeuble devient un propre de la femme, au nom de laquelle il a été acquis? Mais il y a un principe de droit qui s'oppose à ce que la femme devienne propriétaire par la seule déclaration du mari; elle ne peut acquérir la propriété que si elle y consent, nul ne pouvant devenir propriétaire malgré lui. Lors donc qu'elle ne figure pas à l'acte d'acquisition, elle ne peut acquérir l'immeuble qu'en vertu d'un mandat; or, on suppose qu'elle n'a pas donné mandat à son mari; si la femme veut, dans ce cas, profiter de l'acquisition faite en son nom, elle doit ratifier ce que le mari a fait en son nom, mais sans mandat : la ratification équivaudra au mandat (art. 1998).

Nous aboutissons à la conséquence que l'acquisition faite par le mari au nom de la femme n'est pas un propre pour la femme si elle ne ratifie pas. Troplong dit que l'acquisition forme un propre, mais il donne d'assez mauvaises raisons à l'appui de son opinion. En acquérant au nom de la femme, dit-il, le mari atteste qu'il a un mandat, et il serait messéant à la femme de venir nier l'existence d'un mandat attesté par son mari (1). Non, le mari ne dit pas

(1) Troplong, t. I, p. 230, n° 472.

qu'il soit mandataire, et il le dirait que cela n'engagerait pas la femme, car elle ne peut être mandataire malgré elle; et si réellement elle n'a pas donné de mandat, elle peut en nier l'existence; que cela soit bienséant ou non, qu'importe? Il s'agit, non de bienséance, mais de droit.

Si la femme ratifie, on est sous l'empire du droit commun; la ratification équivalant au mandat, l'immeuble sera un propre pour la femme. Mais que devient l'immeuble si la femme ne ratifie pas? Sera-ce un conquêt? C'est l'opinion générale. Troplong objecte, et en cela il a raison, que la communauté ne peut devenir propriétaire d'une chose que le mari n'a jamais eu l'intention d'acquérir pour elle. Nous croyons qu'il faut appliquer le droit commun. Le mari n'a pas voulu acquérir pour la communauté, il a déclaré acquérir pour la femme; le vendeur n'a donc pas entendu traiter avec le mari, il a entendu vendre à la femme; si celle-ci ne ratifie pas, il en résulte qu'il n'y aura pas de concours de consentement, partant pas de contrat; il n'y aura donc pas plus de conquêt que de propre. Dès lors il ne peut s'agir d'appliquer le deuxième alinéa de l'article 1408 : la femme ne peut pas abandonner l'immeuble à la communauté, car la communauté n'a rien acquis, et il ne dépend pas de la femme de rendre la communauté propriétaire. La femme ne peut pas non plus retirer l'immeuble de la communauté, puisque l'immeuble n'est pas tombé en communauté. Elle n'a qu'un seul droit, c'est de ratifier, si elle veut acquérir l'immeuble; mais la ratification est tout autre chose que le droit d'option et de retrait.

La doctrine et la jurisprudence sont contraires. On admet généralement que l'immeuble est un conquêt et que la femme a le droit d'option et de retrait que lui donne le deuxième alinéa de l'article 1408 (1). Il y a un arrêt de la cour de cassation qui admet un mandat tacite et déclare, en conséquence, l'immeuble propre. La cour commence par poser en principe que pour faire réputer propre à celui des époux qui était déjà propriétaire par indivis de por-

(1) Duranton, t. XIV, p. 273, n° 204. Rodière et Pont, t. I, p. 541, n° 627 Aubry et Rau, t. V, p. 313, n° 97.

tion d'un immeuble, l'acquisition de l'autre portion, il suffit que ladite acquisition ait été faite à titre de licitation ou autrement pendant le mariage. Ce sont les termes de la loi; mais pour qu'il y ait acquisition, il faut qu'il y ait un acquéreur, et pour qu'il y ait un acquéreur, il faut qu'il y ait une déclaration de volonté. La question est donc de savoir s'il y a déclaration de volonté quand la femme ne parle pas au contrat et que le mari déclare acquérir en son nom. Dans l'espèce, le mari avait dit qu'il achetait tant pour lui que pour sa femme. La cour fait sur cela un singulier raisonnement; du principe que toute acquisition d'une portion indivise forme un propre, elle conclut qu'à plus forte raison il en doit être ainsi quand le mari déclare acheter tant pour lui que pour sa femme. L'argumentation cloche; il n'y a pas là d'argument *a fortiori* d'où l'on puisse induire que la femme a voulu acquérir la portion indivise. Quand la femme ne parle pas à l'acte, elle n'y peut être partie qu'en vertu d'un mandat. Or, le mandat exige un consentement; où la cour trouve-t-elle ce consentement? L'arrêt répond que l'on doit *présumer* que le mari, agissant dans le but de ne pas faire renaître l'indivision que la licitation devait faire cesser, a stipulé dans l'intérêt de sa femme et en vertu d'un mandat tacite auquel force doit être reconnue (1). Ainsi la cour *présume* un mandat tacite. Voilà une vraie hérésie. Est-ce qu'un consentement se présume? Y a-t-il des contrats présumés? Et sur quoi se fonde la présomption d'un mandat donné par la femme? Sur ce qu'a fait le mari? Sans doute il peut y avoir mandat tacite, mais pour cela il faut prouver d'abord que le mandant a eu connaissance de ce que veut faire le mandataire et puis qu'il y a tacitement consenti; cela ne se présume pas, cela doit se prouver. L'arrêt de rejet a été rendu par la chambre civile sous la présidence de Troplong. La cour a donné raison à son président; nous croyons qu'elle a mal jugé.

340. L'article 1408 suppose que le mari devient acquéreur en son nom personnel. Que faut-il décider si le mari

(1) Rejet, chambre civile, 2 décembre 1867 (Dalloz, 1867, 1, 469).

acquiert sans dire en quelle qualité il agit? Pothier répond qu'il incline à penser que quoiqu'il ne soit pas dit dans l'acte que le mari agit en qualité de mari et au nom de la femme, on doit facilement présumer que le mari a agi au nom de sa femme, plutôt qu'en son propre nom. La raison en est, dit-il, que le mari étant administrateur des biens de la femme, il est naturel de penser que c'est en cette qualité qu'il a traité, alors qu'il s'agissait d'une acquisition que la femme avait intérêt de faire. Pothier en conclut que l'immeuble sera propre à la femme, à moins qu'elle ne désapprouve ce que le mari a fait (1). Faut-il suivre cette opinion sous l'empire du code? Les principes s'y opposent et le texte même de la loi y résiste. Quand le mari parle seul au contrat, sans dire qu'il agit au nom de sa femme, sans même dire qu'il agit en qualité de mari, il acquiert pour son compte, c'est-à-dire pour la communauté; l'immeuble sera donc un conquêt, sauf à la femme à user du droit d'option et de retrait. Pour qu'il en fût autrement, il faudrait qu'il y eût ou mandat ou ratification. De mandat il n'y en a point, et de ratification il ne saurait y en avoir, puisque la femme ne peut pas ratifier ce qui n'a pas été fait en son nom. Si la prétendue présomption que Pothier invoque était fondée, il en faudrait induire, non que la femme est liée si elle ne désapprouve pas, mais qu'elle est liée si elle approuve. Mais cette présomption, si on pouvait l'admettre dans l'ancien droit, on ne peut plus l'admettre aujourd'hui; l'article 1408 la repousse. En effet, le cas supposé par Pothier rentre dans l'hypothèse prévue par le deuxième alinéa de l'article 1408: quand le mari acquiert seul, et sans même dire qu'il agit comme mari, il traite par cela même en son nom personnel; ce qui rend l'immeuble conquêt, d'après l'article 1408, et donne à la femme le droit d'option et de retrait. La jurisprudence s'est prononcée en ce sens (2).

340 *bis*. La femme a-t-elle le droit d'option quand le mari s'est rendu adjudicataire sur une saisie pratiquée

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 151.
(2) Nancy, 9 juin 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251). Rejet, 24 juillet 1860 (Dalloz, 1860, 1, 456).

contre la femme et ses copropriétaires pour une dette dont l'immeuble est grevé? Il a été jugé que la femme n'avait point le droit d'option (1); nous croyons que la décision est bonne, mais qu'elle est mal motivée. La cour suppose que la femme a le droit d'option, parce qu'elle donne à son mari le mandat tacite d'acquérir l'immeuble. S'il y avait mandat tacite d'acquérir, l'immeuble serait propre en vertu de la règle établie par le premier alinéa de l'article 1408, et il ne serait plus question du droit d'option. Pour qu'il y ait lieu au droit d'option, il faut que l'acquisition ait été faite par le mari en son nom personnel. Pourquoi, dans l'espèce, n'y a-t-il pas lieu au droit d'option, quoique le mari ait acquis en son nom? C'est parce que la femme ne pouvait pas acquérir l'immeuble en sa qualité de débitrice saisie, le saisi ne pouvant pas se rendre adjudicataire (code de proc., art. 711); or, si la femme ne peut pas directement devenir propriétaire de l'immeuble, elle ne peut pas non plus l'acquérir indirectement par la voie du *retrait*.

341. L'article 1408 dispose que la femme a le droit d'option et de retrait quand le mari devient seul, et en son nom personnel, acquéreur de *portion* ou de la *totalité* d'un immeuble appartenant par indivis à la femme. Quand le mari acquiert la totalité de l'immeuble, la loi s'applique sans difficulté aucune : la femme peut abandonner l'*effet* à la communauté, c'est-à-dire tout l'immeuble que le mari a acquis et qui était devenu conquêt; ou elle peut retirer l'immeuble, devenu conquêt pour le tout, pour en faire un propre. Dans le premier cas, la communauté doit une récompense à la femme de la portion qui lui appartient dans le prix; dans le second cas, c'est la femme qui doit récompense à la communauté du prix de l'acquisition, que la communauté a payé et dont la femme, on le suppose, a reçu sa part.

Mais comment les choses se passeront-elles quand le mari s'est porté seulement acquéreur de la portion indivise appartenant au copropriétaire de la femme (2)? Celle-ci a également le choix. Elle peut donc abandonner l'*effet* à la

(1) Bordeaux, 10 août 1870 (Dalloz, 1871, 2, 153).

(2) Les opinions des auteurs, sur ce point, sont très-divergentes. Nous

communauté. Mais qu'entend-on, dans ce cas, par *effet?* Est-ce tout l'immeuble, y compris la portion indivise de la femme? On l'a prétendu, mais cela est inadmissible. La femme ne doit abandonner à la communauté que ce que la communauté a acquis; or, le mari n'a acquis qu'une portion indivise, c'est cette portion indivise qui est entrée en communauté et que la femme y laisse, en conservant celle qui lui est propre. La femme a-t-elle droit, en ce cas, à une récompense? Non, car elle n'abandonne pas sa portion à la communauté, partant la communauté ne s'enrichit pas aux dépens de la femme; donc elle ne lui doit rien. Le texte ne dit pas le contraire; l'article 1408 porte que la communauté, en cas d'abandon de l'effet, devient débitrice envers la femme de *la portion appartenant à celle-ci dans le prix;* or, quand le mari n'a pas acquis la part indivise de la femme, rien n'est dû à la femme dans le prix; donc la femme n'a droit à aucune récompense, d'après le texte; ce qui prouve qu'elle conserve la portion indivise qui lui appartenait et qu'elle ne l'abandonne pas à la communauté. La femme préfère-t-elle retirer l'immeuble de la communauté pour en faire un propre, elle retirera la portion indivise acquise par le mari et qui est devenue un conquêt; elle doit, dans ce cas, dit l'article 1408, rembourser à la communauté le *prix de l'acquisition;* ce qui prouve encore que le droit d'option n'a pour objet que la portion indivise que le mari a achetée, c'est cette portion que la femme abandonne ou qu'elle reprend; et si elle la reprend, elle rembourse le prix que la communauté en a payé. Il n'y a qu'une objection contre l'interprétation littérale de la loi que nous suivons, c'est que nous comprenons sous le nom d'*immeuble* la portion indivise de l'immeuble que le mari a acquise. L'objection est insignifiante au point de vue légal; car la portion indivise d'un immeuble est certes un immeuble, dans le langage juridique; ce qui prouve que la loi a entendu le mot *immeuble* dans le sens le plus large, c'est qu'elle emploie le mot *effet* comme synonyme.

avons suivi l'interprétation littérale du texte que donnent Aubry et Rau (t. V, p. 313, note 100, § 507), et mieux encore Colmet de Santerre, t. VI, p. 94, n° 37 *bis* XIV. Voyez, en sens divers, les auteurs cités par Aubry et Rau.

III. *Quand la femme peut-elle et quand doit-elle exercer son droit?*

342. L'article 1408 dit que la femme peut faire son choix *lors de la dissolution de la communauté*. Cela veut-il dire que la femme n'a aucun droit pendant la durée de la communauté? La question est très-controversée. Nous croyons qu'il faut distinguer. Le droit d'option proprement dit ne peut être exercé durant la communauté; il s'agit de savoir si l'immeuble acquis par le mari doit être compris dans la masse partageable à titre de conquêt, ou si la femme le retirera à titre de propre. Cela suppose que la communauté est dissoute et qu'il s'agit de la liquider. C'est seulement alors qu'il importe de savoir quels immeubles sont propres et quels immeubles sont conquêts. Voilà pourquoi la loi dit que la femme a le choix *lors de la dissolution de la communauté*.

Est-ce à dire que la femme n'ait aucun droit pendant la durée de la communauté? Si son intention est d'abandonner l'effet à la communauté, elle n'a aucun intérêt à faire sa déclaration tant que la communauté dure, puisqu'elle n'a aucun droit sur les biens communs; elle n'a de droit que si elle accepte, et elle ne peut accepter que lorsque la communauté est dissoute. Mais si la femme a l'intention de retirer l'immeuble pour en faire un propre, elle a intérêt d'agir immédiatement. Nous dirons plus loin qu'à notre avis le mari peut aliéner l'immeuble et que la femme n'a aucune action contre les tiers; si l'on admet cette opinion, il va de soi que la femme a le plus grand intérêt à retirer l'immeuble le plus tôt possible. Même dans l'opinion contraire, qui est généralement suivie, la femme est intéressée à exercer le retrait de suite. Tout le monde est d'accord sur ce point. La difficulté est de savoir si elle en a le droit. Nous croyons qu'elle l'a. On suppose que le mari a acquis l'immeuble en son nom; la femme a le droit d'en faire un propre. Quand la loi donne un droit, on peut l'exercer de suite, à moins que la nature même du droit ne s'y oppose. Or, rien n'empêche la femme de déclarer, dès que le mari a fait l'acquisition, qu'elle la prend pour son compte et qu'elle entend que l'immeuble lui soit propre. La

loi fait l'application de ce principe en matière de remploi : la femme doit l'accepter si elle veut que l'immeuble lui soit propre, sinon il reste conquêt. Quand peut-elle faire cette acceptation? Immédiatement. L'article 1408 s'y oppose-t-il quand il s'agit du droit de retrait? Ce serait une dérogation au droit commun, et l'exception n'aurait aucune raison d'être. On prétend que l'exception est consacrée en termes formels par ces mots : *lors de la dissolution de la communauté.* Nous avons répondu d'avance à l'objection. Il est très-vrai que le droit d'option, en tant qu'il comprend une alternative, ne peut s'exercer qu'à la dissolution de la communauté, parce que l'abandon à la communauté ne peut se faire plus tôt. Mais quand il s'agit uniquement de déclarer que la femme entend avoir l'immeuble en propre, cette déclaration peut se faire de suite. Dira-t-on que c'est en réalité faire un choix et que la femme, étant sous l'influence du mari, n'est pas libre d'agir selon son intérêt? Cette objection n'a pas arrêté le législateur quand il a donné à la femme le droit d'accepter le remploi aussitôt que le mari a fait l'acquisition; elle ne doit pas davantage arrêter l'interprète quand il s'agit de reconnaître à la femme un droit que les principes généraux lui donnent (1).

343. Quand la femme doit-elle exercer son droit d'option et de retrait? En principe, celui qui a un droit a trente ans pour l'exercer. On peut donc dire que la femme a trente ans pour déclarer sa volonté. Mais il en est de ce droit absolu comme de celui du successible qui a trente ans pour accepter ou répudier. Cela suppose qu'il n'y a pas d'autres parties intéressées qui ont le droit d'exiger que le successible ou la femme manifestent leur volonté. Or, lorsque la communauté est dissoute, le mari ou ses héritiers ont droit et intérêt à la liquidation et au partage des biens communs. Pour que la communauté puisse être partagée, il faut que l'on sache quels biens sont propres et quels

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 36, n° 37 *bis* III. Aubry et Rau, t. V, p. 314, note 101, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 546, n° 634, et les auteurs qu'ils citent. La jurisprudence est aussi divisée, et les arrêts pour et contre ont peu d'importance. Voyez Reject. 25 juillet 1844, et Lyon, 20 juillet 1843 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n°s 837 et 832). Bordeaux, 15 mai 1871 (Dalloz, 1871, 2, 237).

biens sont conquêts. Le mari ou ses héritiers ont donc le droit de contraindre la femme à se prononcer. Il est inutile d'insister sur un point qui est certain; tout le monde est d'accord au fond, bien que les auteurs se disputent en apparence : le débat ne porte que sur la forme plus ou moins absolue de la pensée (1).

344. Que devient l'immeuble quand la femme n'exerce pas le retrait ou déclare y renoncer? L'immeuble restera ce qu'il était. Nous dirons plus loin que, dans notre opinion, l'immeuble acquis par le mari, dans le cas prévu par l'article 1408, est un conquêt dès l'instant de l'acquisition; pour qu'il devienne un propre, il faut que la femme le *retire* de la communauté, c'est l'expression de la loi; si elle ne le retire pas, elle le laisse dans la communauté; l'immeuble reste donc conquêt (2). Troplong dit, au contraire, que si le droit d'option a péri par la prescription de trente ans, « l'immeuble acquiert *au plus haut degré* le caractère de propre que la loi *présume* en lui (3). » Le langage est singulier et l'idée plus singulière encore. Y a-t-il par hasard plusieurs *degrés* de propres? Et où est la loi qui *présume* la qualité de propre dans l'immeuble acquis par le mari? Si la loi la présumait, est-ce que la femme aurait encore besoin de faire une déclaration de retrait? L'immeuble serait propre, sauf déclaration contraire; tandis que la loi dit que l'immeuble ne devient propre que par une déclaration de la femme.

345. La femme peut-elle renoncer au droit d'option? En règle générale, on peut renoncer à tout droit quand il est d'intérêt privé; or, tel est bien le droit que l'article 1408 accorde à la femme. Comment doit se faire la renonciation? On reste sous l'empire du droit commun, puisque la loi n'y déroge point. La femme peut renoncer dès que le droit est ouvert; dans notre opinion, elle le peut pendant la durée de la communauté; dans l'opinion qui ne permet

(1) Duranton, t. XIV, p. 277, n° 210. Marcadé, t. V, p. 483, n° IV de l'article 1408. Aubry et Rau, t. V, p. 394 et suiv., notes 102 et 103. Colmet de Santerre, t. VI, p. 87, n° 37 *bis* V.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 315 et note 104, et les autorités qu'ils citent.
(3) Troplong, t. I, p. 233, n° 680.

à la femme d'exercer le retrait qu'à la dissolution de la communauté, on doit décider qu'elle ne peut renoncer qu'à partir de ce moment. La renonciation peut être expresse ou tacite, toujours en vertu du droit commun. Quand sera-t-elle tacite? C'est d'ordinaire cette renonciation qui donne lieu à des difficultés. Le principe n'est pas douteux : la femme renonce à son droit d'option quand elle pose un acte qui implique nécessairement son intention de renoncer. Tel serait le cas où elle consentirait à la vente de l'immeuble à titre de conquêt, ou si elle confirmait ladite vente. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Besançon. La femme avait vendu, conjointement avec le mari et en lui donnant le nom de conquêt, un immeuble que le mari avait acquis dans les circonstances prévues par l'article 1408. La cour dit que l'*énonciation* de conquêt n'équivaut pas à une renonciation au droit que la loi assure à la femme sans autre motif (1). Il y avait plus qu'une énonciation, il y avait concours de la femme à un acte de vente. Pourquoi y concourait-elle? Son concours n'était pas nécessaire, puisque, dans l'opinion commune, le mari a le droit d'aliéner, sauf résolution. Si la femme figure dans l'acte comme partie, ce ne peut être que pour empêcher la résolution; c'est dire qu'elle renonce à son droit de retrait, au moins à l'égard de l'acquéreur. La cour de cassation l'a jugé ainsi dans un cas où la femme avait déclaré formellement qu'elle croirait faire acte de mauvaise foi en réclamant des biens vendus par son mari à des tiers de bonne foi. On prétendait que la renonciation de la femme ne concernait que les immeubles qu'elle avait refusé de revendiquer. La cour décide, en principe, que si nul n'est présumé renoncer à ses droits, il n'en est pas de même lorsque la renonciation est formelle et constatée par écrit. En fait, la cour admet l'interprétation que la cour de Lyon avait donnée à la renonciation de la femme, en jugeant qu'elle s'appliquait indistinctement à toutes les ventes passées par le mari (2).

On suppose que la femme, lors de la dissolution de la

(1) Besançon, 20 mars 1850 (Dalloz, 1852, 2, 287).
(2) Rejet, 1er mai 1860 (Dalloz, 1860, 1, 511).

communauté, déclare simplement qu'elle renonce à son droit d'option : que deviendra l'acquisition du mari? formera-t-elle un propre ou un conquêt? Dans notre opinion, l'immeuble était un conquêt en vertu de l'acquisition que le mari en a faite; si la femme renonce à son droit, c'est dire qu'elle ne veut pas le retirer, donc l'immeuble reste à la communauté (1).

IV. *Effet de l'option. Du retrait d'indivision.*

346. L'article 1403 dit que la femme peut abandonner l'effet à la communauté. Si elle opte pour l'abandon, l'immeuble sera compris dans la masse à titre de conquêt. Il en résulte que tous les actes de disposition que le mari a faits seront valables. Il ne saurait y avoir de doute sur ce point. La loi ajoute que la communauté devient alors débitrice, envers la femme, de la portion appartenant à celle-ci dans le prix. Cela suppose, comme nous l'avons dit (n° 341) que le mari a acquis la totalité de l'immeuble. Si le mari n'a acquis que la portion indivise appartenant au copropriétaire de la femme, la communauté ne doit aucune récompense à la femme, puisque celle-ci ne lui abandonne pas sa part dans l'immeuble.

La femme peut aussi retirer l'immeuble, dit l'article 1408. C'est ce droit que l'on appelle le *retrait d'indivision*. Cette expression pourrait faire croire que l'immeuble est indivis au moment où la femme le retire. Il l'est, en effet, quand le mari n'a acquis qu'une portion indivise; s'il a acheté la totalité, l'indivision a cessé par le fait de l'acquisition. Ce n'est donc pas à raison de l'indivision où se trouve l'immeuble que l'on qualifie de retrait d'indivision le droit de la femme; on l'appelle ainsi parce que la loi le donne à la femme à raison du droit indivis qu'elle possède dans l'immeuble. Si la femme retire l'immeuble, c'est pour en faire un propre : la femme acquiert, à ce titre, la portion

(1) Comparez Marcadé (t. V, p. 485, n° VI de l'article 1408) qui n'admet cette solution que dans le cas où le mari a acquis la totalité de l'immeuble

indivise qui appartenait à ses copropriétaires. La loi dit que la femme rembourse à la communauté le prix de l'acquisition, elle ne s'explique pas sur l'effet du retrait : l'immeuble sera propre pour le tout à la femme, mais à partir de quel moment? est-ce à partir de l'acquisition que le mari en a faite? ou est-ce à partir du moment où la femme exerce son droit de retrait? Dans l'opinion générale, l'immeuble est censé avoir toujours été propre à la femme. Cette doctrine nous laisse bien des doutes.

347. Un premier point nous paraît certain : l'immeuble est conquêt au moment où le mari en fait l'acquisition. En effet, le mari l'acquiert à titre onéreux pendant le mariage; donc, aux termes de l'article 1401, n° 3, l'immeuble entre en communauté. Telle est aussi l'intention du mari qui l'acquiert; il est *seul* acquéreur et *en son nom personnel*, la femme ne concourt pas à l'acte et le mari ne la représente pas; la conséquence est que le mari devient propriétaire, et tout immeuble que le mari acquiert pendant le mariage est un conquêt. La cour de cassation l'a jugé ainsi, et cela n'est pas douteux (1).

Troplong a cependant écrit que c'est là une idée fausse et dangereuse. Nous n'hésitons pas à dire que l'opinion de Troplong est une de ces erreurs trop nombreuses que l'on trouve dans son *Traité sur le contrat de mariage*. « Si nous consultons le texte, dit-il, nous voyons qu'il n'y a pas un seul instant où il considère la chose comme acquêt avant l'option de la femme. » Quoi! le texte dit que le mari devient *seul*, et *en son nom personnel*, *acquéreur* de l'immeuble, et il ne serait pas propriétaire, et l'immeuble que le mari acquiert ne serait pas un conquêt? Quoi! le texte dit que, lors de la dissolution de la communauté, la femme peut *abandonner* l'effet à la communauté, et cet immeuble qu'elle laisse à la communauté n'aurait pas été un conquêt? Il aurait été propre à la femme, sans qu'elle ait été acquéreur, ni son mari pour elle. Quoi! le texte dit que la femme peut *retirer* l'immeuble. Retirer d'où? De la communauté; donc au moment où la femme le retire, il est

(1) Rejet, 25 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 837).

dans la communauté; et il serait dans la communauté sans être un conquêt!

Troplong invoque aussi les principes : mais quels principes! « Le mari est *présumé* être le *negotiorum gestor* de la femme pour faire cesser l'indivision. » Quoi! L'article 1408 est une disposition de défiance écrite contre le mari qui, loin d'entendre gérer les affaires de la femme, veut acquérir l'immeuble pour son compte, et on vient nous dire que le mari est *présumé* être le *negotiorum gestor* de sa femme. L'acquisition du mari, continue l'auteur, fait cesser l'indivision, et tout partage rétroagit : « Comment serait-il possible que l'immeuble n'eût pas, *primâ fronte,* la nature de propre (1)? » Ainsi le mari, qui n'a aucun droit dans l'immeuble et qui agit *seul*, en *son nom personnel, partage* l'immeuble, et ce partage a un effet rétroactif! Partage-t-on un bien dont on n'est pas copropriétaire? C'est la femme qui est copropriétaire, c'est elle seule qui aurait le droit de partager; or, elle n'intervient pas au contrat, le mari l'en écarte, il se porte seul acquéreur en son nom et pour son compte : et cela serait un partage (2)!

348. L'immeuble acquis par le mari est donc un conquêt, et il reste conquêt jusqu'à ce que la femme le *retire.* C'est par le retrait qu'il cesse d'être conquêt et qu'il devient un propre. N'en faut-il pas conclure que l'immeuble n'est propre qu'à partir du retrait? C'est alors que la femme l'acquiert et en devient propriétaire, à charge de rembourser le prix d'acquisition à la communauté; ce retrait équivaut à un achat, et l'achat ne rend la femme propriétaire qu'à partir du contrat; donc ce n'est que depuis ce moment que l'immeuble devient propre. Nous disons que le retrait est un achat. Il y a un cas dans lequel cela nous paraît certain. Le mari a acquis tout l'immeuble. Il n'y a plus d'indivision. La communauté est propriétaire; la femme retire l'immeuble : est-ce à titre de copropriétaire par indivis? et l'acte équivaut-il à un partage? Non, la femme

(1) Troplong, t. I, p. 223, n° 648.
(2) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 88, n°s 37 *bis* VII et VIII.

a vendu sa part indivise, elle n'a plus aucun droit sur l'immeuble; si elle le retire, ce n'est pas comme copropriétaire, elle ne l'est plus, c'est en vertu d'un bénéfice de la loi. Elle rachète l'immeuble, le retrait est un rachat, donc une nouvelle acquisition, une vente ordinaire; partant l'immeuble devient un propre en vertu du retrait, donc à partir du retrait. C'est seulement dans le cas où le mari a acquis une portion indivise de l'immeuble que la femme reste copropriétaire par indivis pour sa part; dans ce cas, on peut dire que le retrait est un acte qui fait cesser l'indivision et qui équivaut à un partage; la femme peut alors invoquer le principe de l'article 883, elle est acquéreur d'un immeuble qu'elle possède par indivis avec la communauté; le retrait fait cesser l'indivision, et l'indivision cesse rétroactivement. Dans cette hypothèse, l'immeuble devient un propre à partir du moment où l'indivision a commencé.

Ainsi, à notre avis, il faut distinguer. Le mari a-t-il acquis la portion indivise de l'immeuble qui appartient au copropriétaire de la femme, le seul effet de cette acquisition sera de mettre la communauté à la place du vendeur; l'indivision continue, la femme possède l'immeuble par indivis avec la communauté, c'est-à-dire avec le mari. Si elle exerce le retrait, ce retrait n'est autre chose qu'un acte d'acquisition qui fait cesser l'indivision; par conséquent, la femme, en exerçant le retrait, use du droit que lui donne le premier alinéa de l'article 1408 : l'immeuble lui devient propre en vertu d'un acte qui équivaut au partage. La seule différence entre le retrait d'indivision et l'acquisition dont parle le premier alinéa, c'est que le retrait est forcé pour la communauté copropriétaire par indivis; tandis que l'acquisition faite dans le cas du premier alinéa est volontaire, en ce sens qu'il dépend en général du copropriétaire de vendre ou de ne pas vendre; encore peut-on dire que si la femme demande le partage, elle en a le droit, nul ne pouvant être tenu de rester dans l'indivision (art. 815).

Dans l'autre hypothèse, le mari devient acquéreur de la totalité de l'immeuble. Il n'y a plus d'indivision; les articles 883 et 1408, premier alinéa, sont hors de cause; c'est

le deuxième alinéa qui est le siége de la difficulté. Le retrait ne fait plus cesser l'indivision, c'est un rachat, une nouvelle vente qui crée un propre en vertu du bénéfice de la loi, mais l'immeuble ne devient propre qu'à partir de l'acte. L'opinion contraire est généralement admise; nous allons exposer les motifs sur lesquels elle se fonde, ainsi que nos doutes.

349. Dans l'opinion générale, on admet que l'option de la femme a un effet rétroactif, c'est-à-dire que l'immeuble que la femme retire est censé lui avoir toujours été propre. Le droit du mari est conditionnel, dit-on; Colmet de Santerre ajoute que cela n'est pas douteux, et c'est peut-être parce que cela leur paraît certain, que les auteurs donnent à peine un motif de leur opinion. Pourquoi le droit du mari est-il conditionnel? Le mari n'acquiert pas sous condition résolutoire expresse, il entend acquérir définitivement. La condition doit donc être tacite. Elle n'est pas tacite en vertu de la loi, puisque la loi est muette; elle devrait donc l'être en vertu de la volonté tacite des parties contractantes. Notre question revient : Pourquoi admet-on cette volonté tacite? Le mari sait sans doute que la femme pourra retirer l'immeuble et que le conquêt qu'il entend acquérir pour la communauté pourra devenir un propre pour la femme. Mais de là ne suit pas qu'il ait l'intention d'acquérir sous condition résolutoire. Nous disons plus : telle ne peut pas être son intention; car s'il n'est propriétaire que sous condition résolutoire, il ne pourra pas disposer de l'immeuble, il aura les charges de l'acquisition sans en avoir les bénéfices; les mauvaises chances seront pour lui ou pour la communauté, et les bonnes chances seront pour la femme; l'acquisition est-elle bonne, l'immeuble augmente-t-il de valeur, la femme le retirera; l'acquisition est-elle mauvaise, l'immeuble diminue-t-il de valeur, la femme l'abandonnera à la communauté. A ce compte-là, mieux vaudrait faire l'acquisition pour la femme, en la faisant concourir à l'acte. Toujours est-il que l'on ne peut pas admettre une intention tacite du mari contre l'intérêt du mari. Puis on oublie que la condition ne peut pas résulter de la seule volonté du mari, il faudrait prou-

ver encore que telle est aussi l'intention du vendeur, car la condition étant une clause du contrat ne peut résulter que d'un concours de consentement. Nous dirons plus loin que les copropriétaires de la femme ont, au contraire, intérêt à ce que l'acquisition du mari soit définitive; donc il ne peut être question d'une condition résolutoire fondée sur la volonté des parties contractantes.

La condition résolutoire, si elle n'est pas conventionnelle, doit être légale. Elle n'est pas écrite dans la loi; elle devrait donc résulter de la volonté tacite du législateur. En principe, il nous paraît difficile d'admettre une condition fondée sur une volonté tacite du législateur; il faudrait que la condition fût une conséquence nécessaire de la disposition. On dit que sans la rétroactivité du retrait, le droit accordé à la femme est dérisoire, le mari pouvant d'un instant à l'autre aliéner le conquêt; ce qui rendrait impossible l'exercice du retrait. Nous répondons que, dans l'interprétation que nous avons admise, la femme peut retirer l'immeuble pendant la durée de la communauté, donc immédiatement après l'acquisition faite par le mari. Il est vrai que si la femme n'agit pas de suite, son droit peut périr. Pour sauvegarder entièrement ses intérêts, le législateur aurait dû déclarer le retrait rétroactif; mais la question est de savoir s'il l'a fait, et jusqu'ici nous ne trouvons pas dans le texte une disposition d'où l'on puisse induire la volonté certaine du législateur, et il faut une volonté certaine pour que l'on puisse admettre une condition tacite.

Le seul argument qui ait une apparence juridique consiste à dire que le retrait équivaut à l'acquisition que la femme aurait faite de l'immeuble. Si elle l'avait acquis, comme elle en a le droit, en vertu du premier alinéa de l'article 1408, l'immeuble lui serait propre, non-seulement à partir de l'acquisition, mais à partir du moment où l'indivision a commencé. Or, quel est le but du droit de retrait? C'est de garantir à la femme le droit que lui donne la loi, dans le cas où le mari voudrait le lui enlever; donc le retrait doit avoir le même effet que l'acquisition de l'immeuble, par conséquent l'immeuble doit être

un propre en vertu du retrait, comme il l'aurait été en vertu de l'acquisition ; c'est dire qu'il doit avoir un effet rétroactif. Tel pourrait certes être le système de la loi si elle avait entendu garantir les intérêts de la femme, à l'exclusion et au préjudice du droit des tiers. Mais, nous le répétons, il s'agit de savoir, non ce que le législateur aurait pu ou dû faire, il s'agit de savoir ce qu'il a fait. Est-ce que la théorie que nous venons d'exposer est celle que l'article 1408 a consacrée? Elle implique une fiction : c'est qu'un acte qui ne fait pas cesser l'indivision soit néanmoins considéré, quant à ses effets, comme un partage. Le retrait ne fait pas cesser l'indivision dans l'hypothèse de l'acquisition totale de l'immeuble par le mari ; nous l'avons prouvé (nº 348), et l'on peut dire que la chose est évidente : comment le retrait ferait-il cesser l'indivision, alors qu'il n'y a rien d'indivis? La réalité des choses est donc celle-ci : la femme *retire* l'immeuble de la communauté en remboursant le prix. Un acte de rachat ne peut être considéré comme un acte de partage ; il faudrait pour cela une fiction, cette fiction la loi ne l'établit point et le législateur seul peut la créer. A notre avis, cela est décisif (1).

350. On invoque la jurisprudence à l'appui de la doctrine enseignée par les auteurs. A vrai dire, elle est divisée, et elle a peu d'importance, parce qu'il n'y a pas d'arrêt de principe qui ait prévu et résolu les difficultés que présente la question. Troplong cite le considérant suivant d'un arrêt de la cour de cassation qui, dit-il, semble avoir décidé le contraire : « Que du texte comme de l'esprit de l'article 1408, il résulte que le mari, *surtout à l'égard des tiers,* devient propriétaire de l'immeuble par lui acquis, sauf l'exercice du droit d'option ou de retrait réservé à la femme (2). » Si le mari est propriétaire à l'égard des tiers, les actes de disposition qu'il fait seront inattaquables : d'où suit que le retrait de la femme ne rétroagit point

(1) Voyez, en sens contraire, Troplong, t. I, p. 224, nº 651, p. 225. nº 654. Duranton, t. XIV, p. 275, nº 209. Rodière et Pont, t. I, p. 177, nº 170. Colmet de Santerre, t. V, p. 89, nº 37 *bis* IX.
(2) Rejet, 25 juillet 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage,* nº 837).

contre les tiers, et c'est des tiers qu'il s'agit. Troplong dit qu'il ose croire que l'arrêt a été rendu dans des circonstances qui l'absolvent, jusqu'à un certain point, d'une erreur aussi grave. Erreur aux yeux des uns, vérité aux yeux des autres : c'est le lot de notre science! Toujours est il que l'on ne peut pas dire que notre opinion est rejetée par la jurisprudence, quand elle peut s'appuyer sur un arrêt de la cour de cassation. Nous pouvons encore invoquer un arrêt de la cour de Nancy qui décide que l'immeuble indivis dont le mari est acquéreur devient un conquêt (1). C'est la base de notre théorie. Il est vrai qu'il y a tant d'inconséquence en cette matière que l'on risque toujours de se tromper en se prévalant d'une décision judiciaire, car il n'est pas certain que la cour qui l'a rendue en accepte les conséquences.

C'est l'opinion contraire à la nôtre qui règne dans la jurisprudence. Mais les arrêts n'ont de valeur que par leurs motifs, et si l'on pèse les motifs, l'importance de la jurisprudence dans notre question diminue singulièrement. Un des arrêts les plus radicaux est celui de la cour de Grenoble; il ne se contente pas de décider que le retrait a un effet rétroactif, ce qui implique, au moins comme l'enseignent les auteurs, que le mari est propriétaire sous condition résolutoire; la cour prétend que la propriété repose sur la tête de la femme jusqu'au moment où elle use de son droit de répudiation (2). Que l'on compare cette décision avec le texte de l'article 1408, et l'on se convaincra que l'arrêt fait dire à la loi tout le contraire de ce qu'elle dit. L'article ne dit pas que la femme a le droit de répudier l'acquisition, ce qui impliquerait que l'immeuble lui est propre, par cela seul qu'elle ne manifeste pas l'intention de le laisser à la communauté, de sorte que le silence de la femme suffirait pour que l'immeuble lui fût propre. Est-ce là ce que dit la loi? Non, certes; elle donne une option à la femme; celle-ci a le choix, d'abandonner l'effet à la communauté ou de l'en retirer; un choix exige une

(1) Nancy, 9 juin 1854 (Dalloz, 1855, 2, 251).
(2) Grenoble, 18 août 1854 (Dalloz, 1856, 2, 61).

déclaration de volonté, il faut que la femme dise si elle veut que l'immeuble lui soit propre, qu'elle le retire de la communauté; donc l'immeuble ne lui est pas propre en vertu de l'acquisition que le mari en a faite. La cour de Grenoble dit encore que le mari, en acquérant l'immeuble, a fait cesser pour la femme les inconvénients de l'indivision. C'est de nouveau faire dire à la loi le contraire de ce qu'elle dit : la cour dit que le mari acquiert pour la femme et dans l'intérêt de la femme; l'article 1408 dit que le mari acquiert en *son nom personnel*, donc dans son intérêt à lui. Que l'on formule l'interprétation de l'arrêt de Grenoble : elle aboutit à dire que la femme peut répudier l'acquisition faite dans son intérêt. Mettons cette formule en regard de celle de la loi : elle dit que la femme peut faire un propre de l'immeuble que le mari a acquis seul et en son nom personnel, partant pour son compte. L'antinomie du texte et de l'interprétation ne saurait être plus grande. A notre avis, une pareille jurisprudence est un mauvais appui.

351. Nous arrivons aux conséquences des deux opinions contraires. Le mari fait des actes de disposition, il aliène l'immeuble, il l'hypothèque, il le grève de droits réels. Puis la femme vient retirer l'immeuble pour en faire un propre : que deviennent les actes faits par le mari? Si l'on admet, avec la cour de cassation, que le mari est propriétaire à l'égard des tiers, les actes de disposition subsistent, le mari a eu le droit de les faire; la femme ne peut pas les attaquer, elle doit donc respecter les droits réels, et, en cas d'aliénation, elle ne peut pas exercer le retrait contre les tiers acquéreurs.

Dans l'opinion contraire, le mari n'a qu'une propriété résolutoire, et les droits qu'il concède aux tiers sont affectés de la même condition. Si la femme retire l'immeuble, le droit du mari est résolu ainsi que tous les droits par lui consentis sur l'immeuble. Les auteurs sont unanimes sur ce point (1), et la jurisprudence est dans le même sens.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 315, note 105, et les auteurs qu'ils citent.

Toutefois elle n'est pas aussi explicite que la doctrine (1). Le seul arrêt rendu en cas d'aliénation est celui de la cour de Riom; dans l'espèce, les époux étaient mariés sous le régime dotal; le mari avait acquis des droits successifs dont sa femme était copropriétaire. On doit considérer, dit la cour, l'acquisition comme faite au nom de la femme pour accroître ses biens dotaux. Ici nous arrêtons la cour, et nous lui demandons où cela est écrit? Certes pas dans l'article 1408 qui dit le contraire, car l'acquisition n'est pas faite au nom de la femme, elle est faite par le mari en son nom personnel, donc pour son compte. Du prétendu principe que l'acquisition est faite pour la femme, la cour déduit la conséquence que l'immeuble est dotal et que le mari n'a pu l'aliéner. On voit que l'arrêt rendu par une cour du Midi est un arrêt romain.

352. Le principe sur lequel reposent la doctrine et la jurisprudence conduit encore à d'autres conséquences devant lesquelles les auteurs et les tribunaux ont reculé. Si le retrait rétroagit au jour de l'acquisition faite par le mari, ce ne peut être que par une fiction en vertu de laquelle la femme qui retire l'immeuble est censée l'avoir acheté. C'est donc elle qui sera acquéreur et, par conséquent, débitrice du prix à l'égard des vendeurs. La cour de Lyon l'avait jugé ainsi, et sa décision est très-logique si l'on admet la fiction que l'opinion générale implique. Cependant elle a été cassée. La cour de cassation invoque le texte de l'article 1408, ce qui est très-significatif, car le texte ignore tout ce qu'on lui a fait dire : la loi dit que la femme qui retire l'immeuble est tenue de rembourser le prix à la communauté, c'est avec la communauté qu'elle traite en retirant un immeuble conquêt; elle n'a pas traité avec les vendeurs du mari, elle ne leur doit donc rien (2). Cela est très-vrai dans notre opinion, qui paraît aussi être celle de la cour de cassation. Mais cela n'est pas exact quand on admet l'opinion générale. Toutefois les auteurs enseignent, comme la cour, que la femme n'est point débitrice des

(1) Voyez quant à la résolution des hypothèques, les arrêts rapportés par Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 858).
(2) Riom, 20 mai 1839 (Dalloz, *ibid.*, n° 859)

vendeurs, que ceux-ci n'ont que leur privilége et l'action en résolution (1).

353. Un seul auteur, le dernier qui a écrit sur la matière, et l'un des meilleurs, a été frappé de la contradiction entre le principe et la doctrine admise par les auteurs et la jurisprudence. La conséquence logique du principe conduit à décider que la femme est débitrice des vendeurs. Mais, pour le coup, on peut dire que la conséquence témoigne contre le principe. Si la femme est débitrice, il s'ensuit qu'elle est censée avoir contracté avec les vendeurs; cependant elle est étrangère au contrat, elle n'a pas consenti et les vendeurs n'ont pas consenti à traiter avec elle. Ainsi on aboutit à un contrat sans concours de consentement. La fiction va jusqu'à l'hérésie juridique. N'est-ce pas une preuve bien palpable que le législateur seul aurait pu consacrer la théorie que nous combattons (2).

Nous ne sommes pas au bout des difficultés. M. Colmet de Santerre a le premier appelé l'attention sur une conséquence de l'opinion générale, qui est en opposition avec tous les principes. Les copropriétaires de l'immeuble ont voulu traiter avec le mari, et voilà que par l'effet du retrait il se trouve qu'ils n'ont point traité avec lui, puisqu'il est censé n'avoir jamais été acquéreur. C'est la femme qui se substitue au mari; les vendeurs ont donc traité, sans le vouloir, avec la femme. On ne peut pas les forcer à vendre sans leur consentement, on doit donc leur permettre de demander la nullité de l'acte par lequel le mari était devenu propriétaire. Vainement objecterait-on que les vendeurs sont sans intérêt; il peut y avoir d'autres tiers très-intéressés à écarter la femme : ce sont les tiers créanciers hypothécaires qui tiennent leur droit des copropriétaires de la femme. Si le retrait rétroagit par application des articles 883 et 1408, la conséquence sera désastreuse pour les tiers; la femme leur opposera le principe qu'elle est censée avoir toujours été propriétaire des immeubles qu'elle

(1) Cassation, 14 novembre 1854 (Dalloz, 1855. 1, 232).

(2) Rodière et Pont, t. I, p. 549, n° 640. Aubry et Rau, t. V, p. 315 et suiv. et note 106

retire, tandis que les vendeurs sont censés ne l'avoir jamais été; donc les hypothèques tombent (1). Voilà une conséquence de l'opinion générale qui doit faire réfléchir. La solution que M. Colmet de Santerre propose ne sera pas accueillie; on opposera le texte de la loi, comme la cour de cassation l'a déjà fait. Il faut donc chercher le remède ailleurs. Il se trouve aussi dans le texte. La loi ignore la fiction de la rétroactivité et les conséquences étranges qui en découlent. Elle donne à la femme un droit de retrait, c'est-à-dire de rachat. Cela suppose une convention nouvelle qui transforme l'immeuble, conquêt jusque-là, en propre. Ce changement n'opère pas sur le passé, donc tous les droits sont maintenus. Dans l'opinion générale, on sacrifie tous les droits au retrait de la femme; nous concilions les droits des tiers avec celui de la femme en lui permettant de retirer immédiatement l'immeuble; les droits qui le grèvent subsisteront et il ne pourra y avoir de concession nouvelle.

N° 5. DE L'ÉCHANGE.

354. L'article 1407 porte : « L'immeuble acquis pendant le mariage à titre d'échange contre l'immeuble appartenant à l'un des époux n'entre point en communauté, et est *subrogé* au lieu et place de celui qui a été aliéné, sauf la récompense s'il y a soulte. » Pourquoi l'immeuble reçu en échange d'un propre devient-il propre? La loi le dit : par l'effet d'une *subrogation;* on l'appelle *réelle* pour la distinguer de la *subrogation personnelle*, dont nous avons traité au titre des *Obligations*. Pothier définit la subrogation réelle comme suit : « C'est une *fiction de droit* par laquelle une chose que j'ai acquise à la place d'une autre que j'ai aliénée prend la qualité de la chose aliénée, à la place de laquelle elle a été acquise et à laquelle elle est subrogée. » Il y a une fiction dans la subrogation, Toullier a tort de la nier (2). Quelle est la réalité des

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 90, n[os] 37 *bis* X-XIII.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 197. Colmet de Santerre, t. VI, p. 78, n° 35 *bis* I. Comparez Toullier, t. VI, 2, p. 155, n° 148.

choses? C'est que l'échange est une acquisition à titre onéreux faite pendant le mariage; donc en vertu de la règle établie par l'article 1401, n° 3, il devrait former un conquêt. S'il forme un propre, c'est par la disposition de la loi, et comme cette disposition est contraire à la réalité, il faut dire que c'est une fiction. Ce n'est pas une querelle de mots; les fictions légales sont régies par des principes particuliers; elles sont de la plus stricte interprétation et ne comportent, par conséquent, pas d'interprétation extensive. Toullier dit que la disposition de l'article 1407 est fondée sur l'équité. Sans doute, il est juste que l'immeuble reçu en échange d'un propre devienne propre, la communauté n'y a aucun droit. Mais l'équité seule n'aurait point suffi pour former un propre de l'immeuble reçu en échange; s'il est propre, c'est en vertu de la loi, et la loi consacre une fiction.

355. C'est parce que la subrogation se fait en vertu de la loi qu'elle a lieu de plein droit. La cour de Nancy a fait une application très-juridique de ce principe. On prétendait que l'échange était un remploi et que, par conséquent, il fallait observer toutes les conditions prescrites par la loi pour qu'il résultât de l'échange un remploi. C'est une erreur; la loi distingue le remploi de l'échange : pour l'échange elle n'exige pas de formalité, donc l'interprète n'en peut exiger aucune. Dans l'espèce, deux époux avaient échangé divers immeubles provenant en partie de leurs propres, en partie de leurs acquisitions, en déclarant expressément dans l'acte que les immeubles par eux acquis « leur tiendraient même nature. » Il est vrai que les conjoints n'avaient pas déterminé les fractions pour lesquelles les biens par eux reçus en échange leur tiendraient lieu de propres et resteraient conquêts, mais peu importe, cela ne pouvait pas transformer toute l'acquisition en conquêt; une expertise suffisait pour déterminer la proportion pour laquelle l'immeuble serait propre et conquêt. Lors de la dissolution de la communauté par la mort de l'un des conjoints, la part des héritiers dans le domaine constituait donc un droit immobilier, puisque c'était la reprise d'un immeuble. Il en résultait que ce droit n'était pas com-

pris dans le legs des meubles que le prédécédé avait fait à son conjoint; il appartenait aux héritiers (1).

356. L'un des époux possède, en se mariant, l'usufruit de plusieurs immeubles; il l'échange, pendant le mariage, contre la toute propriété d'un de ces immeubles. A sa mort, la veuve prétend que cet immeuble est un conquêt. Il a été jugé, et avec raison, que c'était un propre. Il est certain que c'était un propre lors de l'échange; en effet, l'usufruit immobilier étant un immeuble propre à l'époux, l'immeuble reçu en échange de ce propre formait aussi un propre. Quel était donc le motif de douter? Le mari usufruitier était prédécédé; donc s'il n'avait pas aliéné son usufruit, il se serait éteint en même temps que la communauté s'est dissoute par sa mort. On en concluait que l'immeuble n'avait pas été acquis en échange d'un propre qui n'existait plus. C'était très-mal raisonner. Pour déterminer la nature d'une acquisition, il faut se reporter au moment où elle est faite, sans tenir compte des chances attachées à un droit viager, tel que l'usufruit. L'usufruitier mettait fin à ces chances en échangeant un droit viager contre un droit perpétuel (2). Autre est la question de savoir s'il y avait lieu, de ce chef, à des récompenses; nous y reviendrons.

357. L'article 1407 donne lieu à une question très-controversée. Il décide que l'immeuble reçu en échange d'un propre est un propre, quoiqu'il y ait une différence de valeur entre les deux immeubles; l'immeuble est propre pour le tout, alors même qu'il aurait une valeur plus grande que l'immeuble donné en échange, sauf récompense s'il y a soulte, dit la loi. C'est une disposition empruntée à l'ancien droit. Pothier en donne la raison : la soulte, dit-il, n'est qu'un accessoire du contrat, qui n'en doit pas changer la nature. Cela suppose que les deux immeubles sont d'une valeur à peu près égale; dans ce cas, on peut dire que la soulte est un accessoire. Mais si la soulte est considérable, si elle est égale ou même supérieure à la valeur de l'immeuble donné

(1) Nancy, 3 mars 1869 (Dalloz, 1869, 2, 85).
(2) Angers, 25 mai 1859 (Dalloz, 1859, 2, 153).

en échange, le contrat sera-t-il encore un échange, et l'immeuble reçu en échange sera-t-il toujours propre pour le tout? Pothier répond que le contrat est mixte, mêlé de vente et d'échange; en conséquence, il décide que l'immeuble sera un conquêt en proportion de la somme payée pour l'acquérir et propre pour la valeur de l'immeuble donné en échange.

Faut-il encore admettre cette solution sous l'empire du code civil? Il y a, sur cette question, à peu près autant d'avis que d'auteurs. Nous croyons qu'il faut s'en tenir au texte : il prévoit le cas d'une différence de valeur entre les deux immeubles et il n'en tient aucun compte; il décide indistinctement, et quel que soit le montant de la soulte, qu'elle ne donne lieu qu'à une récompense et que l'immeuble ne laisse pas d'être propre. Vainement dit-on que la distinction résulte de la nature des choses. En théorie, oui; le législateur aurait dû distinguer, mais il ne l'a pas fait, et dans le silence de la loi, l'interprète ne peut pas distinguer. En effet, la distinction, dans l'espèce, est une de ces dispositions arbitraires que le législateur seul peut consacrer. Quand le contrat cesse-t-il d'être un échange? Quand deviendra-t-il mixte? Quand, à raison de la modicité de la soulte, y aura-t-il vente? Voilà des questions que le législateur seul peut résoudre, car les limites sont arbitraires, elles peuvent être plus ou moins étendues. Dans le silence de la loi, l'interprète ne peut pas faire ce que le législateur aurait dû faire; ce serait faire la loi (1). Nous n'admettons qu'une exception qui résulte des principes : s'il y avait fraude, les parties intéressées seraient admises à prouver que le prétendu échange est une vente et que, par conséquent, l'immeuble est un conquêt; la fraude fait exception à toutes les règles, et il n'appartient pas aux conjoints de rendre propre un immeuble qui,

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 156, n° 149. Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. IV, p. 76, note 44. Glandaz, *Encyclopédie de droit*, au mot *Communauté conjugale*, n° 113. En sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 301, note 62, § 507, et les auteurs qu'ils citent. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 79, n°s 35 *bis* III et IV. Les auteurs ne s'accordent pas, ce qui est inévitable quand, au lieu de rester attachés au texte, ils font la loi

d'après la loi de leur contrat, doit tomber en communauté.

358. Un arrêt récent de la cour de cassation s'est prononcé dans le sens de notre opinion, quoique avec une certaine réserve. L'un des époux avait été exproprié, pour cause d'utilité publique, d'une maison à lui propre. En échange de cet immeuble, la ville de Paris lui céda un terrain à charge d'y élever des constructions. La valeur du terrain était supérieure de 25,000 francs à l'indemnité d'expropriation attribuée aux deux conjoints, tant pour la maison que pour le déplacement de leur industrie. Les époux étaient donc débiteurs d'une soulte de 25,000 francs. Dans le partage de la communauté et de la succession, il fut déclaré que, conformément à la doctrine de presque tous les auteurs, l'acquisition du terrain doit être considérée comme propre dans la proportion de l'immeuble cédé en échange à la ville et comme acquêt pour le surplus; qu'en conséquence la maison édifiée sur ce terrain appartient à la succession pour 63/168 et à la communauté pour 105/168 de la somme de 240,828 francs, montant des frais de construction. La maison a été attribuée à la veuve en toute propriété, à charge d'une soulte de 90,949 francs, dont l'usufruit lui a été conféré pour la remplir jusqu'à due concurrence du legs fait à son profit. Des difficultés s'élevèrent sur les droits d'enregistrement. La régie considéra l'immeuble comme propre pour le tout en vertu de l'article 1407; par suite l'attribution à la veuve était une dation en payement et, à ce titre, sujette à un droit de mutation; le tribunal de la Seine lui donna gain de cause et, sur le pourvoi, il intervint un arrêt de rejet.

La cour commence par constater que la convention intervenue entre la ville de Paris et les conjoints est un échange; que la soulte dont les époux ont été chargés n'empêche pas l'immeuble d'être un propre pour le tout; par suite, la maison construite sur le terrain propre au mari lui était aussi propre, sauf récompense à la communauté pour frais de construction. Ainsi la cour applique, à la lettre, l'article 1407, malgré l'importance de la soulte. Elle s'explique ensuite sur l'acte de partage qui avait

appliqué la distinction de Pothier, en considérant la convention comme mixte, moitié échange, moitié vente, dans la proportion de la valeur estimative de la maison cédée en échange et de l'importance de la soulte. En procédant ainsi, dit la cour, les parties intéressées, la veuve et les héritiers du mari « n'ont point exercé une faculté qui aurait été antérieurement réservée par les époux. » Voilà la réserve : veut-elle dire que le caractère de l'acquisition dépendait des conventions arrêtées entre les coéchangistes? Cela serait douteux; à notre avis, les époux ne peuvent pas déroger, pendant le mariage, à l'article 1407 qui est considéré comme une clause du contrat de mariage tacite qu'ils font en se mariant sous le régime de communauté. La cour ajoute qu'en l'absence de conventions, le contrat d'échange a eu pour effet immédiat de fixer la propriété du terrain sur la tête du mari, ce qui en faisait un propre dans sa succession; d'où la conséquence que ledit terrain, y compris la construction, n'avait pu sortir de la succession que par une convention translative de propriété; ce qui soumettait la veuve au payement du droit proportionnel pour mutation (1).

Nº 6. REMPLOI.

359. Le mari vend un immeuble à lui propre; puis il acquiert un immeuble en déclarant que l'acquisition est faite des deniers provenant de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel et pour lui tenir lieu de remploi. Cette acquisition forme un propre. Il en est de même si l'acquisition a été faite des deniers provenant de la vente d'un propre de la femme, si le remploi fait par le mari est accepté par elle (art. 1434, 1435). Pourquoi et à quel titre le remploi d'un propre constitue-t-il un propre? C'est une subrogation réelle, comme dans le cas d'échange, donc une fiction légale. Il importe d'établir le principe, parce qu'il a des conséquences importantes. Quand le mari acquiert un immeuble, en déclarant que l'acquisition est faite

(1) Rejet, chambre civile, 9 août 1870 (Dalloz, 1871, 1, 156).

avec les deniers provenant de l'aliénation d'un immeuble qui était propre à lui ou à sa femme, cet immeuble devrait être un conquêt; en effet, il est acquis à titre onéreux pendant le mariage. Qu'importe que le prix soit payé des deniers provenant de la vente d'un propre? Quand l'article 1401 déclare conquêt tout immeuble acquis pendant le mariage, il ne distingue pas qui paye le prix, et il n'y avait pas lieu de faire cette distinction. Ce n'est pas celui qui avance les deniers qui devient propriétaire de l'immeuble, c'est celui qui achète, sauf indemnité ou récompense; or, c'est la communauté qui achète, aux termes de l'article 1401; c'est donc elle qui est propriétaire à charge de récompense. Telle est la réalité des choses. La loi permet aux époux d'y déroger, moyennant une déclaration de remploi, en substituant ou subrogeant l'immeuble acquis en remploi au propre aliéné, dont il prend la nature. Voilà la fiction. Le remploi est une subrogation réelle, donc une fiction (1).

360. Pourquoi la loi autorise-t-elle cette fiction? Elle est fondée en équité; l'époux avait un propre, s'il l'aliène et s'il achète un autre immeuble avec les deniers provenus de la vente, dans l'intention que cet immeuble lui soit propre, cette volonté est si légitime et si naturelle, que les personnes étrangères au droit n'y aperçoivent pas même de fiction. On dira : Si l'époux tient à avoir un immeuble propre, pourquoi vend-il celui qu'il a? Il le vend, sans doute, parce qu'il a intérêt de le vendre, et il achète un autre immeuble toujours parce qu'il y trouve son intérêt. La loi donne, à cet égard, pleine liberté aux parties, parce que la liberté des transactions est un élément de prospérité pour les particuliers et une source de richesses pour l'Etat. Or, si l'époux qui est intéressé à vendre un propre ne pouvait pas acquérir un autre propre à titre de remploi, on entraverait la vente et, par suite, la libre circulation des propriétés immobilières, au grand préjudice des individus et de la société. En effet, l'époux préférerait souvent garder son propre que de l'aliéner; il est vrai

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 302, § 507.

que les deniers provenant de l'aliénation lui seront propres, mais des deniers propres ne remplacent pas un immeuble propre, surtout pour la femme. Les deniers, quoique propres à l'époux, tombent en communauté, sauf récompense, la communauté devenant propriétaire, à titre d'usufruitière, de choses consomptibles; le mari, s'il s'agit de deniers de la femme, en acquiert donc la libre disposition, il peut même en disposer à titre gratuit; tandis qu'il ne peut pas aliéner un propre de la femme. Des propres immobiliers donnent donc à la femme des garanties que ne lui donnent pas des deniers propres. La femme a encore un autre intérêt à avoir un immeuble propre, plutôt que des effets mobiliers, et cet intérêt est commun au mari qui a un propre immobilier. Les immeubles ont un grand avantage, ils augmentent régulièrement de valeur par le seul laps de temps. Voici donc quelle sera la position des époux qui aliènent un propre; si ce propre n'est pas remployé, ils n'auront droit qu'à la récompense du prix, créance fixe, qui n'augmente pas, alors que la valeur de l'immeuble que l'époux aliène aurait augmenté; et si un immeuble était acheté avec les deniers propres, c'est la communauté qui profiterait de l'accroissement de valeur de cet immeuble. A ces conditions, l'époux ne vendra point. Tandis qu'il ne sera pas entravé dans ses spéculations quand, en vendant un propre, il sait qu'il pourra acquérir un autre propre à sa place (1).

Le remploi étant avantageux aux époux, et légitime à ce titre, la loi a dû l'admettre; au point de vue légal, le remploi replace les époux dans la situation où ils étaient avant l'aliénation : le droit de l'époux propriétaire et celui de la communauté sont rétablis tels qu'ils existaient lors du contrat de mariage; or, la loi aime cette fixité. Pourquoi, dira-t-on, si elle favorise le remploi, le soumet-elle à des conditions rigoureuses? pourquoi ne pas admettre la subrogation de plein droit, comme en matière d'échange? Le remploi de plein droit était admis par quelques coutumes, sans doute comme garantie pour la femme;

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 194, n° 79 *bis* II.

les époux sont libres de le stipuler, mais le législateur a bien fait de ne pas l'établir de plein droit, car il se peut que l'acquisition nouvelle ne convienne pas à la femme. Il fallait aussi prévenir les fraudes. Les créanciers de la communauté et du mari n'ont pas d'action sur les propres immobiliers de la femme; le législateur a dû prévoir que les époux pourraient créer des propres fictifs, en ce sens qu'ils soustrairaient aux créanciers des valeurs qui forment leur gage; c'est pour prévenir ces fraudes que la loi prescrit des conditions sévères pour le remploi (1). Elles varient selon que le remploi est fait pour le mari ou pour la femme.

I. *Du remploi fait pour le mari.*

361. La première condition requise pour qu'il y ait remploi, c'est qu'un propre du mari ait été aliéné, car le remploi n'a pas d'autre objet que de remplacer un propre aliéné. Autre est la question de savoir si le remploi peut précéder l'aliénation. C'est ce qu'on appelle le remploi anticipatif. Ce remploi se pratiquait dans l'ancien droit, et il est resté dans nos usages, ce qui prouve que les époux peuvent être intéressés à le faire. L'un des époux se propose d'aliéner un propre. Une occasion se présente de faire une acquisition avantageuse qui lui tiendrait lieu de remploi, mais les circonstances ne permettent pas de faire à temps l'aliénation du propre : l'époux pourra-t-il stipuler qu'il acquiert l'immeuble comme remploi du propre qu'il aliénera? Il y a un motif de douter; le remploi anticipatif n'est pas dans les termes de la loi; cela est certain, car l'article 1434 exige que lors de l'acquisition de l'immeuble, le mari déclare qu'elle est faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était personnel; donc l'aliénation doit être consommée avant que le remploi se fasse. Conçoit-on, dit Toullier, que l'on remplace un propre qui existe encore dans le patrimoine du mari? Cela paraît contraire au bon sens, comme le dit Odier (2). Toutefois la

(1) Troplong, t. I, p. 334, n° 115.
(2) Toullier, t. VI, 2, p. 322, n° 370. Odier, t. I, p. 309, n° 326.

doctrine et la jurisprudence se prononcent pour l'opinion contraire. Nous croyons que l'opinion générale se concilie avec le texte et avec l'esprit de la loi. Mais il importe de préciser les vrais motifs de décider.

Le texte dit : *les deniers provenus de l'aliénation*. Cela veut dire qu'il doit y avoir aliénation ; l'essence de la condition est celle-ci : il faut qu'il y ait aliénation pour qu'il y ait remploi. Quand cette aliénation doit-elle se faire? La loi suppose que l'aliénation est consommée au moment où se fait la déclaration de remploi. Cette supposition est-elle une condition? Les termes de la loi ne le disent pas ; la loi suppose ce qui se fait habituellement, mais elle n'en fait pas une condition ; il n'y avait pas de raison de s'écarter en ce point de la tradition (1). Qu'importe quand l'immeuble propre sort du patrimoine de l'époux, pourvu qu'il en sorte? et qu'importe, par conséquent, quand le remploi se fait, pourvu qu'il se fasse pour prendre la place d'un propre aliéné? A vrai dire, le remploi anticipatif n'est rien qu'un remploi conditionnel ; je déclare aujourd'hui acquérir un immeuble à titre de remploi de tel immeuble que je me propose d'aliéner. Si j'aliène, toutes les conditions prescrites pour le remploi se rencontrent : j'ai aliéné un propre et j'ai employé les deniers à acquérir un autre propre. Si je n'aliène pas mon propre, il n'y aura pas de remploi, cela va sans dire (2).

La jurisprudence est en ce sens, mais elle n'est pas très-précise. On lit, dans un arrêt de la cour de cassation, que le remploi anticipatif ne blesse ni la morale ni l'ordre public (3). Non, certes, et personne n'a jamais dit le contraire. Mais là n'est pas la difficulté. Il s'agit de savoir si l'une des conditions du remploi est que l'aliénation du propre précède le remploi. Il y a un arrêt en sens contraire de la cour de Paris qui insiste sur les inconvénients que présente le remploi anticipatif : la nature de la propriété, dit-elle, reste incertaine, puisqu'elle dépend d'une condition

(1) Poitiers, 19 juillet 1825 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1442).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 199, n° 79 *bis* VIII. Rodière et Pont, t. I, p. 583, n° 677. Marcadé. t. V, p. 474, n° IV de l'article 1434.
(3) Rejet, 23 novembre 1826 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 751).

dont on ne peut prévoir la fin (1). Il nous semble que le motif se retourne contre l'arrêt qui s'y appuie. Oui, le remploi anticipatif est un remploi conditionnel, et partant incertain; mais n'en est-il pas ainsi de toute condition? Il y a plus; le remploi, quand il est fait pour la femme, est toujours incertain, puisqu'il dépend de son acceptation, et elle peut accepter jusqu'à la dissolution de la communauté; si la loi avait voulu fixer immédiatement la nature de la propriété, elle aurait dû admettre le remploi de plein droit. Tel n'est pas le système du code; dès lors l'incertitude est inévitable. Après tout, les inconvénients qui résultent d'une disposition de la loi sont une objection à l'adresse du législateur; l'interprète n'en peut tenir aucun compte.

Il y a un autre arrêt qui distingue : le mari ne peut pas faire de remploi anticipatif, tandis que la femme le peut. Cette distinction, approuvée par Troplong, est tout à fait arbitraire; elle repose sur des considérations de fait dont le juge ne peut tenir aucun compte. Le mari vendra si l'acquisition qu'il a faite en remploi anticipatif se trouve avantageuse, il ne vendra pas si l'acquisition est mauvaise (2). Cela est vrai; mais cela ne prouve qu'une chose, c'est que le législateur aurait dû organiser le remploi anticipatif en le soumettant à certaines conditions. De ce que la loi est mal faite, on ne peut pas induire qu'il n'y a pas de loi.

362. Une seconde condition requise pour qu'il y ait remploi, c'est que l'acquisition soit faite d'un immeuble avec déclaration que les deniers proviennent de l'aliénation du propre vendu. Il faut que les deniers proviennent de l'immeuble aliéné; ces deniers sont propres à l'époux et tiennent lieu du propre aliéné : si l'acquisition en remploi pouvait se faire avec d'autres deniers, il en résulterait que l'époux aurait deux propres en remplacement de celui qu'il a aliéné, les deniers et l'immeuble remployé; il soustrairait donc à la communauté une valeur qui lui ap-

(1) Paris, 27 janvier 1820 (Dalloz, *Contrat de mariage*, n° 1444).
(2) Angers, 6 mars 1844 (Dalloz, 1845, 2, 56). Troplong, t. I, p. 342, n° 1154.

partient pour s'en faire un propre, ce qui est contraire à tout principe.

La seconde condition donne lieu à plusieurs difficultés. On demande d'abord s'il faut que les deniers aient été versés dans la communauté. La négative est certaine; tout ce que la loi exige, c'est que les deniers *proviennent* de l'aliénation de l'immeuble propre de l'époux; peu importe qu'ils aient été versés dans la communauté ou non. Tant qu'ils n'y ont pas été versés, ils restent propres à l'époux, donc l'immeuble est acheté avec des deniers de l'époux; la condition de la loi est remplie à la lettre. Quand ces deniers y sont versés, ils deviennent la propriété de la communauté, mais à charge de récompense, c'est-à-dire de restitution; cette restitution se fait sous forme de remploi. En ce sens, l'article 1470 dit que l'époux prélève sur la masse partageable le prix de ses immeubles qui ont été aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait remploi (1).

Faut-il que les deniers provenus de l'aliénation aient été payés au vendeur de l'immeuble acquis en remploi? La réponse est encore négative par le même motif, c'est que la loi n'exige pas cette condition, elle se contente de la déclaration qu'il y a des deniers provenus de l'aliénation et que c'est avec ces deniers que l'acquisition a eu lieu. Dès que cette déclaration est faite, il y a remploi; la loi n'a pas pu exiger davantage, parce que les parties doivent jouir de la plus grande liberté dans les transactions immobilières, sinon, au lieu de les favoriser, on les entrave. Il est rare que le prix soit payé au moment même de l'acquisition, il se peut que les parties ne traitent pas au comptant; aussi la loi n'exige pas que le prix soit payé lors de l'acquisition avec les deniers propres; cela serait même souvent impossible si l'acquisition se fait longtemps après la vente du propre; les deniers tombés dans la communauté auront été placés; l'époux n'en a donc pas la disposition au moment où il acquiert l'immeuble en remploi (2).

(1) Rejet. 6 janvier 1858 (Dalloz, 1858, 1, 40).
(2) Même arrêt.

Il suit de là que le payement ne doit pas se faire avec les deniers identiques que l'époux a touchés en aliénant son propre. Le code ne l'exige pas, et il n'y avait pas de raison de l'exiger. Il favorise le remploi, puisqu'il crée une fiction pour le rendre possible. Or, il l'aurait souvent rendu impossible s'il avait prescrit que le payement se fît avec les deniers mêmes qui ont été payés à l'époux. Pourquoi l'un des époux vend-il? D'ordinaire, pour venir en aide à la communauté qui a besoin d'argent; on commence donc par employer les deniers, puis on fait remploi; la loi se montre plus exigeante dans la subrogation prévue par l'article 1250, n° 2, ainsi que dans les cas des articles 2102, 2° et 2102, 5°. Nous venons de dire le motif de cette exception : la loi favorise le remploi, et elle a dû tenir compte des besoins de la communauté, sinon la faculté qu'elle donne eût été à peu près inutile (1).

363. Faut-il nécessairement que les deniers propres proviennent de l'aliénation d'un propre immobilier? L'époux peut avoir d'autres deniers propres. Tels seraient les deniers donnés avec la clause qu'ils n'entreront pas en communauté. L'époux donataire peut-il acheter un immeuble de ces deniers avec déclaration de remploi? La question est très-controversée et il y a quelque doute. Nous croyons que ce remploi ne peut pas se faire. A vrai dire, il ne peut pas même être question de remploi. Le mot *remploi* le prouve; il implique qu'un propre immobilier est remplacé par un autre propre immobilier; lorsque des deniers propres sont employés à acquérir un immeuble, il y a *emploi*, il n'y a pas *remploi*; pour que l'emploi fait en immeubles fût propre à l'époux à qui les deniers appartiennent, il faudrait une disposition formelle de la loi, car ce serait une fiction, la réalité étant que l'immeuble acquis à titre onéreux devient un conquêt; or, la loi ne consacre pas cette fiction, ce qui est décisif. Vainement invoque-t-on l'article 1434 pour l'appliquer par analogie; cette disposition consacre la fiction du *remploi*; on ne peut l'étendre à la

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 239, note 11, § 575. Colmet de Santerre, t. VI, p. 202, n° 79 *bis* XI.

fiction de l'*emploi* : ce serait fonder une fiction sur une fiction, ce qui aboutit à créer une fiction que la loi ignore(1).

On prétend que le texte que nous disons ne pas exister se trouve dans l'article 1470, et on invoque encore l'article 1595. Aux termes de l'article 1470, les époux prélèvent sur la masse partageable 1° leurs propres, s'ils existent en nature, ou les biens qui ont été acquis en remploi; 2° le prix des immeubles aliénés pendant la communauté et dont il n'a pas été fait remploi. Cette disposition, dit-on, ne distingue pas si le remploi a été fait avec des deniers provenant d'un immeuble propre, ou avec d'autres deniers propres; il y a donc remploi dans tous les cas (2). Nous répondons que les conditions du remploi ne sont pas déterminées par l'article 1470, qu'elles le sont par les articles 1434 et 1435; quant à l'article 1470, son seul objet est de déterminer les prélèvements; or, il ne faut jamais faire dire à une loi ce que le législateur n'a pas entendu décider. L'article 1470 suppose qu'il y a remploi : quand y a-t-il remploi? ce sont les articles 1434 et 1435 qui répondent à la question. On insiste néanmoins sur l'article 1470 et l'on dit que le n° 1 parle de *biens* qui ont été remployés, tandis que le n° 2 parle d'*immeubles*; le mot *biens*, plus général, comprend aussi les *meubles*, et il faut l'entendre ainsi, ajoute-t-on, sinon le n° 2 ne ferait que répéter la disposition du n° 1 (3). Nous répondons que les n°s 1 et 2 de l'article 1470 ont un objet différent : le premier parle de la reprise en nature, le second de la reprise du prix; si l'on prétend que le n° 1 est applicable aux meubles et aux immeubles, tandis que le n° 2 ne serait applicable qu'aux immeubles, on aboutit à cette conséquence absurde que l'époux qui a des meubles propres n'aurait pas droit à la reprise du prix si ces meubles avaient été aliénés, car le n° 2 ne prévoit pas le cas de la reprise du mobilier vendu. Cela nous apprend dans quel ordre d'idées les auteurs du code ont écrit l'article 1470; ils ne se sont

(1) Comparez Duranton, t. XIV, p. 525, n° 389.
(2) Mourlon dit que l'article 1470 lève tout doute (t. III, p. 69, 2°, n° 166 *ter*.
(3) Paris, 9 juillet 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1476).

préoccupés que des immeubles, quoiqu'il y ait des meubles propres; s'ils avaient pensé aux meubles, ils auraient dû les comprendre aussi dans le n° 2 et, par conséquent, employer dans ce numéro, comme dans le n° 1, l'expression générale de *biens*. En définitive, l'article 1470 doit être écarté comme étant étranger à notre question (1).

L'article 1595, que l'on invoque aussi (2), dit dans quels cas la vente est permise entre époux; le n° 2 est ainsi conçu : « Le contrat de vente peut avoir lieu entre époux dans le cas où la cession de biens que le mari fait à sa femme a une cause légitime, telle que le remploi de ses immeubles aliénés, ou de *deniers* à elle appartenant, si ces immeubles ou *deniers* ne tombent pas en communauté. » En apparence, l'article 1595 est décisif, puisqu'il admet le remploi de *deniers propres*. En réalité, la loi prévoit un cas tout à fait spécial. D'abord le langage de l'article est inexact quand il parle du remploi des *deniers* et qu'il le place sur la même ligne que le remploi des *immeubles aliénés*; on fait *emploi* des deniers propres, on ne les *remploie* pas. Puis la loi ne prévoit pas le remploi proprement dit, même en ce qui concerne les immeubles propres aliénés. Quand le mari est débiteur du prix des propres de la femme qui ont été aliénés, la loi lui permet de payer cette dette, en cédant un immeuble à la femme en payement de ce qu'il lui doit. Cette vente sous forme de dation en payement n'est point soumise aux conditions que l'article 1435 exige pour le remploi fait au nom de la femme; ce n'est donc pas un remploi proprement dit, et il n'en produit pas non plus les effets. Dans le cas de l'article 1470, il y a vente et, par conséquent, la femme ne devient propriétaire qu'à partir du moment où la vente se parfait. Le remploi, au contraire, rétroagit, comme nous allons le dire, en ce sens que la femme est propriétaire de l'immeuble acquis en remploi, du jour où le mari en a fait l'acquisition avec déclaration de remploi. De là des conséquences très-importantes quant aux droits que des tiers ont acquis sur l'immeuble cédé à la femme entre l'acquisition que le mari

(1) Rennes, 12 décembre 1846 (Dalloz, 1847, 2, 199).
(2) Troplong, t. I, p. 343, n° 1156.

en a faite et la cession qu'il en fait à sa femme. La femme doit respecter ces droits dans le cas de l'article 1595, elle ne doit pas les respecter dans le cas de l'article 1435 (1).

On fait une autre objection à l'opinion que nous avons enseignée, il est bon de la mentionner parce qu'on nous la fera plus d'une fois. C'est une interprétation judaïque, dit-on (2). C'est le reproche que l'on aime à adresser à ceux qui restent attachés à la lettre de la loi; il est mérité quand, en s'en tenant à la lettre de la loi, on lui fait dire le contraire de ce qu'elle a voulu dire. Mais, dans l'espèce, on oublie qu'il s'agit d'interpréter une fiction légale, et les fictions sont essentiellement de stricte interprétation. Troplong ajoute qu'il ne faut pas faire violence à la volonté des parties (3). Nous répondons que le remploi ne dépend pas de la volonté des parties, c'est la loi qui en règle les conditions, et il a fallu une loi pour permettre aux époux de transformer en propre un immeuble qui, en vertu de leur contrat tacite, devrait être un conquêt. C'est donc la loi qu'il faut uniquement considérer en cette matière, et c'est à la loi qu'il ne faut pas faire violence, comme on le fait dans l'opinion que nous combattons (4).

La jurisprudence est divisée (5). Il y a des arrêts de la cour de Rennes et de Douai dans le sens de notre opinion. L'arrêt de Douai ajoute une considération à celles que nous avons fait valoir. Pourquoi, dit-on, ne pas permettre le remploi des meubles propres, alors que l'on permet celui des immeubles? La question s'adresse au législateur qui probablement n'y a point songé, parce que régulièrement il n'y a point de propres mobiliers sous le régime de la communauté légale. On peut cependant donner une raison de la différence que la loi met entre les propres mobiliers et les propres immobiliers. La subrogation d'un immeuble

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 304. note 71. Colmet de Santerre, t. VI, p.201. n° 79 *bis* X.

(2) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 69, n° 160 *ter*.

(3) Troplong, t. I, p. 342, n° 1157.

(4) Voyez, en sens contraire, Aubry et Rau, t. V, p. 309, note 88, § 507. et les autorités qu'ils citent.

(5) Voyez, dans le sens de l'opinion générale, un arrêt bien motivé de la cour de Toulouse, du 27 mai 1834 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1474)

à un autre immeuble n'apporte aucun changement aux droits respectifs de la communauté et des époux; elle ne fait que rétablir l'état des choses qui existait avant l'aliénation. Il en serait tout autrement du remploi des deniers propres, il apporterait un changement à la situation des époux; l'époux qui a des deniers propres était créancier de la communauté; par le remploi, il deviendrait propriétaire d'un propre immobilier. Le mari pouvait disposer des deniers propres de la femme; il pouvait s'en servir dans ses entreprises agricoles, industrielles, commerciales, tandis qu'il ne pourrait pas disposer des immeubles acquis en remploi. Il y a donc des raisons pour favoriser le remploi des immeubles, et il y a des raisons pour ne pas admettre le remploi des deniers (1).

364. Il ne suffit point que le mari fasse une acquisition avec les deniers provenus de l'aliénation d'un immeuble qui lui était propre; il faut qu'il en fasse la déclaration. Ainsi le fait seul serait inopérant. La raison en est simple: le législateur n'impose pas le remploi, il le permet; le mari est donc libre de faire ou de ne pas faire le remploi du prix qu'il a touché, et alors même qu'il est décidé à remployer les deniers, il a naturellement le choix des acquisitions. Une occasion se présente pour faire une acquisition avantageuse à la communauté; le mari la fait avec des deniers à lui propres, sauf à faire plus tard un remploi à son avantage, s'il en trouve l'occasion. La loi ne pouvait donc pas se contenter du fait qu'un immeuble a été acquis par le mari avec ses deniers pour déclarer cet immeuble propre; elle aurait risqué d'attribuer au mari un immeuble qu'il avait acheté pour la communauté. De là la nécessité d'une déclaration (2) d'emploi, c'est-à-dire d'une manifestation de volonté du mari.

En quoi doit consister cette déclaration? Sur ce point, la loi est très-explicite. Aux termes de l'article 1434, le mari doit déclarer que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'aliénation de l'immeuble qui lui était

(1) Douai, 2 avril 1846 (Dalloz, 1847, 2, 198). La cour est revenue sur sa jurisprudence. Voyez arrêt du 15 juillet 1861 (Dalloz, 1862, 2, 159).

(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 194, n° 79.

personnel et pour lui tenir lieu de remploi. Ainsi il faut une double déclaration : la première a pour objet de constater l'origine des deniers, la seconde constate l'intention de faire remploi. Ce point a cependant été contesté, malgré l'évidence du texte. L'article emploie la conjonctive *et*; on prétend que la conjonctive est prise ici pour la disjonctive *ou*, et pour interpréter ainsi la loi en la corrigeant, on se prévaut de l'autorité de Pothier qui se sert effectivement de la disjonctive *ou*. Puisque, dans l'ancien droit, l'une des deux déclarations prescrites par l'article 1434 suffisait, on en conclut que, dans une matière traditionnelle, on doit expliquer le code par la tradition. On a répondu, et la réponse est décisive, que l'ancien droit exigeait une double déclaration; les témoignages sont positifs et ne laissent aucun doute. Pothier lui-même ne dit pas le contraire en termes formels. Après tout, quel que soit notre respect pour l'autorité de Pothier, nous respectons encore plus la loi; or, le code est positif, il exige deux déclarations, et il ne les exige pas seulement pour la subrogation réelle de l'article 1434, il les prescrit dans tous les cas où il est question de subrogations personnelles; toujours il veut que l'on mentionne d'abord l'origine des deniers, puis la destination de l'emploi qui en est fait. Nous nous bornons à rappeler la subrogation conventionnelle de l'article 1250, n° 2. Le débiteur emprunte une somme à l'effet de payer sa dette en subrogeat le prêteur dans les droits du créancier. Suffit-il, pour qu'il y ait subrogation, que l'acte de subrogation mentionne soit l'origine des deniers qui servent à payer le créancier, soit l'intention de subroger le prêteur au créancier primitif? Non. Il faut que dans l'acte d'emprunt il soit déclaré que la somme a été empruntée pour faire le payement, et il faut que dans la quittance il soit déclaré que le payement a été fait des deniers fournis à cet effet par le nouveau créancier. Même disposition dans l'article 2103. C'est donc un système général du code, ce qui ne laisse plus aucun doute sur le sens de l'article 1434 (1).

(1) Rodière et Pont, t. I, p. 562, n° 657, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 303, note 68.

La jurisprudence de la cour de cassation est en ce sens; elle a décidé, dans un arrêt de principe, qu'il faut une double déclaration pour qu'il y ait remploi. En règle générale, dit la cour, toutes acquisitions à titre onéreux faites pendant le mariage sont des conquêts; par dérogation à cette règle, certaines acquisitions, quoique faites pendant la communauté, constituent des propres. Ce sont des exceptions, donc de stricte interprétation. Tel est le remploi. Mais la dérogation est soumise par la loi à des conditions précises, et le remploi spécialement ne peut résulter que de la double déclaration que la nouvelle acquisition est faite des deniers propres du mari, et qu'elle a lieu pour lui servir de remploi. Dans l'espèce, l'origine des deniers était constatée, mais rien n'était dit quant à l'intention de faire remploi; la cour de Paris avait néanmoins admis le remploi : son arrêt a été cassé (1).

On conçoit que la seule déclaration de l'origine des deniers ne suffise point pour qu'il y ait subrogation et, par suite, remploi; car cette mention a pu être faite pour constater que les deniers ont été employés, sans que le mari veuille prendre l'acquisition pour son compte. Mais quand le mari a déclaré que l'immeuble est destiné à servir de remploi du prix provenu d'un propre aliéné, il devrait y avoir remploi, sans que l'on doive ajouter une indication spéciale de l'origine des deniers. La loi aurait pu se contenter d'une pareille déclaration, mais elle exige si positivement une déclaration distincte de l'origine des deniers qu'il faut décider, à notre avis, que si cette déclaration n'est pas faite, il n'y a pas de remploi. Cela est rigoureux, mais en matière de fiction tout est de rigueur. Il faut ajouter que le but de la loi est de prévenir des fraudes. Raison de plus pour que la loi se montre sévère, et l'interprète doit mettre de la rigueur à interpréter une loi rigoureuse (2).

365. Dans quels termes la déclaration doit-elle être

(1) Cassation 20 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406). Dans le même sens. Rejet. 23 mai 1838 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1407).
(2) Rodière et Pont, t. I, p. 565, n° 658. En sens contraire. Aubry et Rau. t. V. p. 303. note 70. § 507.

faite? Il n'y a pas de termes sacramentels, cela va sans dire; mais il faut une déclaration, ce qui implique une mention expresse, c'est-à-dire faite par paroles, que ce soient les termes dont la loi se sert ou des termes équipollents, cela est indifférent; mais il faut des termes qui rendent la pensée de la loi. La cour de Bruxelles a jugé qu'une *déclaration tacite* serait suffisante. C'est confondre le *consentement* avec la *déclaration;* on peut consentir tacitement, mais nous ne concevons pas que l'on *déclare* quelque chose *tacitement*, car *déclarer* c'est exprimer une intention par paroles; il est donc contradictoire dans les termes de parler d'une déclaration tacite. La cour invoque l'ancien droit; d'après les meilleurs auteurs, dit-elle, qui ont écrit sur les coutumes où la mention de remploi était requise, le remploi était suffisamment établi lorsque la nouvelle acquisition se faisait au moment même de l'aliénation avec les deniers provenant des propres aliénés, ou peu de temps après (1). Il suffit de mettre cette opinion en regard du texte pour se convaincre que sous l'empire du code, il ne peut plus être question d'un remploi tacite. La cour de cassation de France s'est exprimée plus exactement, mais pas avec assez de précision, en disant que la déclaration doit se faire, sinon en termes exprès, du moins d'une manière non équivoque (2).

366. Quand le mari doit-il faire la déclaration de remploi? L'article veut qu'il la fasse *lors de l'acquisition* de l'immeuble qu'il achète pour lui tenir lieu de remploi. Pothier, à qui cette disposition a été empruntée, en donne une raison de droit qui est péremptoire. La déclaration, dit-il, doit se faire par le contrat d'acquisition de l'héritage nouvellement acquis; elle ne pourrait pas se faire plus tard, car, à défaut de déclaration de remploi, l'immeuble devient un conquêt, et la communauté ne pourrait pas, par une déclaration postérieure, être privée d'une chose

(1) Bruxelles, 11 juin 1824 (*Pasicrisie*, 1834. 2. 136).
(2) Cassation, 20 août 1872 (Dalloz, 1872, 1, 406). La cour de cassation de Belgique dit : « La déclaration ne doit pas être énoncée en termes sacramentels : il suffit qu'elle indique l'origine des deniers employés pour payer le prix et la volonté de faire un emploi, de manière à ne laisser aucun doute à cet égard. » (Rejet, 10 avril 1856, *Pasicrisie*, 1856. 1, 241).

qui lui a été une fois acquise (1). Il y a encore un motif de fait qui justifie la condition exigée par l'article 1434. Si le mari pouvait faire la déclaration de remploi postérieurement à l'acquisition, il spéculerait aux dépens de la communauté en gardant l'immeuble pour lui lorsque l'acquisition se trouverait avantageuse, et il la laisserait pour le compte de la communauté quand elle serait mauvaise. La loi aurait dû déroger aux principes pour admettre une déclaration postérieure; et certes elle ne pouvait y déroger pour favoriser les calculs intéressés du mari (2).

367. Si les conditions prescrites pour le remploi n'ont pas été observées, l'immeuble sera conquêt, car dès que l'on n'est pas dans l'exception, on rentre dans la règle, et la règle est que tout immeuble acquis pendant le mariage entre en communauté (art. 1401). Toute personne peut se prévaloir de l'inobservation de l'article 1434, non-seulement le conjoint, mais aussi les tiers. C'est le droit commun; les conventions matrimoniales ont effet à l'égard des tiers, en ce sens que les tiers peuvent se prévaloir de la composition active de la communauté, ce qui détermine le patrimoine propre des époux. La question présente un intérêt considérable quand il s'agit du remploi d'un propre de la femme, puisque le mari ne peut pas disposer des propres immobiliers de la femme, tandis qu'il peut disposer des conquêts. Même en ce qui concerne le mari, il importe de savoir si l'immeuble lui est propre; il pourra le donner, tandis qu'il ne peut pas disposer, à titre gratuit, d'un conquêt. Toute partie intéressée peut soutenir que l'immeuble est ou conquêt ou propre.

II. *Des conditions requises pour le remploi fait pour la femme.*

368. L'article 1435 porte que la déclaration du mari que l'acquisition est faite des deniers provenus de l'immeuble vendu par la femme, et pour lui servir de remploi, ne suffit point si ce remploi n'a été formellement accepté par

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 198.
(2) Duranton, t. XIV, p. 527, n° 392. Bourges, 23 avril 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1411).

la femme. Il suit de là que régulièrement c'est le mari qui acquiert l'immeuble acheté pour servir de remploi à la femme et que c'est lui qui fait la déclaration d'emploi. C'est une conséquence du droit que le mari a sur les biens de la femme sous le régime de communauté. Il est administrateur de ses biens, donc mandataire légal investi du pouvoir de faire tous les actes d'administration au nom de la femme; or, acheter est un acte d'administration, c'est le meilleur emploi que le mari puisse faire, dans l'intérêt de la femme, des deniers qui lui sont propres. Il est donc naturel que le mari intervienne quand il s'agit de remployer des deniers provenus de l'aliénation d'un propre de la femme. Est-ce à dire que la femme ne puisse pas parler au contrat? Il est certain que la femme peut acheter avec l'autorisation du mari, et en son propre nom, un immeuble pour lui tenir lieu de celui qu'elle a vendu; cet immeuble sera un propre si la femme fait la double déclaration prescrite par la loi. C'est même le moyen le plus simple de faire le remploi, la femme n'a pas besoin, dans ce cas, d'accepter l'acquisition à titre de remploi, puisqu'elle même le stipule.

369. L'article 1435 dit: « la déclaration du mari », etc. C'est la double déclaration dont parle l'article 1434; elle est soumise aux mêmes conditions que celle que le mari fait pour son compte. En ce qui concerne l'origine des deniers et leur destination, la loi le dit en répétant ce qu'avait dit l'article 1434. Il y a cependant une différence dans la rédaction, qui donne lieu à une controverse : l'article 1435 ne répète pas que la déclaration d'emploi doit être faite lors de l'acquisition de l'immeuble. De là un motif de douter. Nous croyons que la déclaration de remploi pour la femme doit être faite lors de l'acquisition, aussi bien que la déclaration de remploi pour le mari. Les principes et la tradition sont en ce sens. Pothier ne fait aucune différence entre le mari et la femme et, au point de vue du droit, il n'y avait pas lieu de distinguer. Nous venons de dire quel est le motif juridique de la condition exigée par l'article 1434, il s'applique littéralement à la femme. Le mari achète un immeuble des deniers provenus de la vente

d'un propre de la femme sans faire aucune déclaration cet immeuble devient conquêt, il ne peut plus être enlevé à la communauté par une déclaration postérieure du mari. On oppose le silence de l'article 1435; nous répondons que l'article 1435 ne fait que reproduire l'article 1434 en ce qui concerne la déclaration de remploi; il faut donc interpréter l'article 1435 par l'article 1434; si l'article 1435 ne reproduit pas littéralement l'article 1434, c'est que cela était inutile, l'article 1435 étant une suite de l'article 1434 et s'y référant quant aux conditions générales du remploi; le seul objet de l'article 1435 est de disposer que ces conditions générales ne suffisent point, qu'il faut de plus l'acceptation de la femme. On objecte que les motifs pour lesquels la loi exige que le mari fasse sa déclaration lors de l'acquisition, quand le remploi se fait pour lui, n'existent pas quand il s'agit du remploi fait pour la femme; en effet, le mari ne peut pas spéculer aux dépens de la communauté quand il acquiert un immeuble en remploi d'un propre de la femme, car il ne dépend pas de lui qu'il y ait remploi, il faut l'acceptation de la femme. Cela est vrai, mais ce motif de fait n'est que secondaire, Pothier ne l'allègue même pas; sa raison unique de décider est que l'immeuble, devenu conquêt à défaut de déclaration, ne peut plus être changé en propre, et cette raison s'applique identiquement au remploi de la femme; ce qui est décisif. On oppose encore l'article 1595 : dans le cas prévu par cet article, dit-on, il y a remploi, quoique la cession qui tient lieu de déclaration soit postérieure à l'acquisition de l'immeuble; il en résulte invinciblement que la déclaration du mari peut n'intervenir qu'après l'acquisition. Nous avons répondu d'avance (p. 412) à l'objection : la cession de l'article 1595 n'est pas un remploi, on ne peut donc pas se prévaloir de cette disposition pour en induire ce qui doit ou ne doit pas se faire en matière de remploi (1).

370. La déclaration de remploi faite par le mari ne suffit point, dit l'article 1435; il faut de plus que le rem-

(1) Pothier, *De la communauté*, nos 198-199. Aubry et Rau, t. V, p. 304, note 71. Troplong, t. I, p. 335, no 1122. Colmet de Santerre, t. VI. p. 200, no 79 *bis* IX. En sens contraire, Rodière et Pont, t. I, p. 569, no 663.

ploi ait été accepté formellement par la femme. C'est la reproduction de ce que dit Pothier : la déclaration du mari, dit-il, n'est pas seule suffisante pour que l'immeuble devienne un propre par subrogation ; il faut, outre cela, que la femme consente que cet héritage lui tienne lieu de remploi. Par ce consentement qu'elle donne, l'héritage devient, par subrogation, propre de la femme (1). Pourquoi la femme doit-elle accepter le remploi ou, comme le dit Pothier, consentir à ce que l'immeuble lui devienne propre? On répond d'ordinaire que la femme ne peut pas devenir propriétaire sans son consentement. La raison vaut mieux en fait qu'en droit. Sans doute, personne ne peut devenir propriétaire sans consentir. Mais la femme n'acquiert pas malgré elle quand elle acquiert par l'intermédiaire du mari, son mandataire légal. Si la loi avait admis toutes les conséquences de ce mandat, elle aurait pu décider que l'acquisition faite par le mari au nom de sa femme suffit pour que cet immeuble soit propre à la femme. Mais le mandat légal, dans l'espèce, est une suite de la puissance du mari et de la subordination où la femme se trouve placée sous le régime de communauté. Ce n'est donc pas un mandat tout à fait libre. De là suit que la loi n'a pu considérer tout ce que le mari fait comme étant fait par la femme. L'immeuble que le mari acquiert en remploi d'un propre de la femme peut ne pas convenir à la femme, il est donc juste qu'elle ne soit pas forcée de l'accepter.

371. Il y a de grandes difficultés sur le point de savoir ce que c'est que l'acceptation de la femme et quels effets elle produit. Les uns disent que le mari, en déclarant acquérir l'immeuble en remploi pour la femme, est son gérant d'affaires ; que, par suite, l'acceptation de la femme est la ratification de ce que le mari a fait pour elle et en son nom. D'autres prétendent que le mari fait une offre à la femme que celle-ci peut accepter ou répudier. Nous dirons plus loin quelles sont les conséquences pratiques qui résultent de ces théories ; pour le moment, il s'agit de préciser le sens de l'acceptation. La condition d'acceptation

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 199.

est empruntée à l'ancien droit, c'est donc la tradition qu'il faut consulter. Pothier donne le nom de ratification à l'acceptation de la femme. On ratifie ce qu'un autre a fait en notre nom et sans mandat de notre part; la ratification équivaut au mandat, de sorte que la femme, en ratifiant le remploi, est censée avoir été partie au contrat, d'où suit que le remploi remonte au jour de l'acquisition; l'immeuble aura été propre à la femme depuis qu'il a été acquis par le mari. C'est la théorie de la gestion d'affaires. Dans la réalité des choses, le mari n'est pas un gérant d'affaires, il est administrateur en vertu de la loi, et cette loi n'est autre chose que le contrat de mariage tacite que les époux ont consenti en se mariant sous le régime de la communauté légale; c'est comme administrateur, donc comme mandataire, que le mari agit, et en achetant un immeuble avec les deniers provenus de l'aliénation d'un propre de la femme, le mari ne dépasse pas, en principe, les limites de son mandat légal. Mais la loi déroge au mandat qu'elle donne au mari, en ce sens qu'elle ne permet pas au mari de faire un remploi pour la femme sans le consentement de celle-ci. Pothier a donc raison de dire que l'acceptation de la femme est une ratification de ce que le mari a fait sans pouvoir suffisant (1).

372. Puisque telle est la théorie traditionnelle, il faut s'y tenir. Il y en a une autre qui a trouvé faveur chez les auteurs modernes. Elle prend comme point de départ que le mari qui acquiert un immeuble en faisant la déclaration de remploi, l'acquiert pour la communauté. L'immeuble est conquêt, la déclaration d'emploi que le mari fait n'est que l'offre d'une revente; le mari, étant débiteur du prix de l'immeuble que la femme a aliéné, lui offre en payement l'immeuble qu'il a acquis. Cette offre, comme toute offre, est un acte purement unilatéral, une manifestation de volonté que le mari peut révoquer, s'il y trouve son intérêt, tant que la femme ne l'a pas acceptée. C'est seulement par l'acceptation de la femme que le remploi se forme; l'immeuble passe alors du domaine de la commu-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 200

nauté dans celui de la femme; il s'opère une nouvelle transmission de la propriété par laquelle l'immeuble qui était un conquêt devient un propre. Comme tout transport de propriété, cette aliénation n'a aucun effet sur le passé, elle n'opère que sur l'avenir (1).

Sur quoi repose cette théorie? Elle n'a d'autre appui qu'une parole de Tronchet, qui a dit au conseil d'Etat que l'immeuble acquis par le mari avec déclaration de remploi devenait un conquêt (2). C'est une simple opinion qui n'a de fondement ni dans la tradition, ni dans le texte, ni dans l'esprit du code. La tradition l'ignore. Pothier vient de nous dire ce que c'est que l'acquisition du mari et l'acceptation de la femme. L'article 1435 contient le mot d'*acceptation;* est-ce que toute acceptation suppose une offre? Quand on dit que la femme accepte la communauté, cela ne veut certes pas dire qu'elle accepte une offre ; elle manifeste la volonté d'être associée et elle approuve ce que le mari a fait comme chef de la communauté. Telle est aussi l'acceptation du remploi. Le mari a agi comme administrateur des biens de la femme; il a fait pour elle ce que son devoir d'administrateur lui commandait de faire, en remplaçant un propre par un autre propre; la femme, en acceptant, approuve ce que le mari a fait, elle consent à acquérir l'immeuble à titre de propre. L'acceptation est donc une ratification, comme le dit Pothier. Voilà l'explication du texte. Est-il vrai que l'immeuble était un conquêt et qu'il devient un propre par une nouvelle transmission de propriété? L'acquisition a été faite par le mari, non pour la communauté, mais pour la femme; le mari n'a pas parlé au contrat comme chef de la communauté, il y a parlé comme administrateur des biens de la femme. Comment la communauté deviendrait-elle propriétaire en vertu d'une acquisition faite pour la femme? L'immeuble n'est donc pas un conquêt. Cela suffit pour ruiner la base

(1) Cette théorie de l'offre se trouve déjà chez Toullier; elle a été développée par Mourlon (*Répétitions*, t. III, p. 63, n° 157, et *Revue pratique*, 1857, t. III, p. 66 et suiv.) et adoptée par Aubry et Rau, t. V, p. 305, note 73, avec des modifications.

(2) Séance du conseil d'Etat du 13 vendémiaire an XII, n° 16 (Locré, t. VI, p. 357).

de la théorie de l'offre et de l'acceptation. Le mari fait plus qu'une offre de payement à la femme, il acquiert pour elle ; il ne manque qu'une chose à cette translation de la propriété, le consentement de la femme, elle le donne en acceptant le remploi. Cette acceptation emporte-t-elle une nouvelle translation de la propriété? Non ; la communauté n'a jamais été propriétaire, elle ne peut donc pas transférer une propriété qui ne lui appartient pas. En acceptant, la femme ratifie ce que le mari a fait pour elle, elle est censée avoir parlé au contrat ; de même qu'en acceptant la communauté, elle est censée avoir concouru à tous les actes que le mari a faits comme chef de la communauté. C'est donc elle qui a été propriétaire dès le moment de l'acquisition, partout l'immeuble a toujours été un propre (1).

373. La principale différence qui existe entre les deux théories consiste en ce que, dans le système de l'offre, le mari peut révoquer son offre tant que la femme ne l'a pas acceptée. Cette révocation peut se faire indirectement par voie d'aliénation et partiellement par concession de droits réels, en ce sens que si le mari aliène, il aliène ce qui lui appartient, un conquêt, ce qui ne permet plus à la femme d'accepter le remploi ; et si le mari a grevé l'immeuble de droits réels, tels qu'hypothèques, la femme, en acceptant le remploi, doit respecter ces droits. Dans la théorie de Pothier, qui, à notre avis, est celle du code, le mari ne peut pas revenir sur la déclaration de remploi qu'il a faite, car cette déclaration donne un droit à la femme, celui de ratifier ce que le mari a fait, et le mari ne peut pas enlever à la femme un droit qu'elle tient de la déclaration de remploi. La doctrine est assez incertaine sur ce point, qui est d'une importance capitale et pour la femme et pour les tiers qui traitent avec le mari. Toullier dit que le mari peut révoquer l'offre, ce qui est très-logique, une fois que l'on admet la théorie de l'offre. Rodière et Pont commencent par dire que le mari fait la déclaration de remploi comme *gérant d'affaires,* puis ils enseignent que le mari

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 203, n° 79 *bis* XIII.

peut révoquer son *offre* (1), Cela est contradictoire : est-ce qu'un gérant fait des offres? et peut-il revenir sur ce qu'il a fait au nom du maître? Ce n'est pas le gérant qui contracte, c'est le maître qui est censé agir par son intermédiaire. Il n'y a pas là d'offre à rétracter. Il faut être conséquent et faire son choix entre les deux théories. Est-ce une simple offre que le mari fait par la déclaration de remploi, le mari peut la rétracter à volonté. Est-ce comme gérant d'affaires que le mari a fait la déclaration de remploi, il ne peut pas s'agir de révoquer ce qu'il a fait au nom de la femme.

374. Comment l'acceptation de la femme doit-elle se faire? L'article 1435 répond que le remploi doit être accepté *formellement* par la femme. Reste à savoir ce que l'on entend par le mot *formellement*. Nous croyons que la loi exige une acceptation *expresse*. En effet, ce mot implique une formalité, une solennité, donc une expression de volonté faite par paroles; ce qui exclut l'acceptation tacite : on ne peut pas dire de celui dont le consentement est tacite qu'il consent formellement. La doctrine est très-incertaine. Déjà, dans l'ancien droit, les auteurs étaient divisés. Pothier se contentait d'une acceptation tacite quand la femme concourait à l'acte d'acquisition. Si, dit-il, la femme avait souscrit, ou avait été présente au contrat d'acquisition par lequel le mari a déclaré qu'il a acquis l'immeuble pour tenir lieu de remploi à la femme, quoiqu'il ne soit pas dit expressément que la femme a accepté ledit héritage à titre de remploi, sa présence ou sa signature est une suffisante acceptation et, par conséquent, nul doute que l'immeuble ne lui soit propre (2). Que l'on mette ce passage en regard du texte de l'article 1435, et l'on se convaincra que les auteurs du code se sont écartés, en ce point, de l'opinion de Pothier; la présence de la femme au contrat n'est certes pas une acceptation *formelle*, pas même sa signature. Il y avait une autre opinion dans l'ancien droit, plus rigoureuse; Bourjon exigeait que le rem-

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 312, n° 360. Rodière et Pont, t. I, p. 571, n° 665. En sens contraire, Battur, t. II, p. 270, n° 588.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 200.

ploi fût accepté *formellement* par la femme; c'est l'expression du code. Lebrun dit que lorsque le remploi est fait pour la femme, elle y doit consentir expressément(1). Nous croyons que telle est la vraie théorie. Quand la loi veut s'assurer de la réalité d'un consentement, elle exige qu'il soit donné expressément, c'est-à-dire par paroles. Or, en matière de remploi, il importe de garantir la libre volonté de la femme; l'immeuble que le mari achète peut ne pas lui convenir, il faut qu'elle ait le temps de réfléchir et de voir; induire son acceptation de sa présence au contrat, ou même de sa signature, serait très-dangereux; voilà pourquoi la loi exige une acceptation *formelle* ou *expresse*.

Les auteurs modernes ne mettent pas dans l'expression de leur pensée la précision désirable. On comprend la diversité d'avis dans l'ancien droit : il n'y avait pas de loi; nous en avons une, il faut s'y tenir (2). MM. Rodière et Pont commencent par dire que les termes de l'article 1435 excluent l'acceptation tacite; ils en concluent que la présence de la femme au contrat ne suffit point pour qu'il y ait acceptation *formelle*, et ils en donnent une excellente raison, c'est l'état de dépendance de la femme. Puis ils ajoutent que les *circonstances* peuvent prêter à la présence de la femme une autorité qui lui manque lorsque ce fait est isolé (3); c'est dire que l'acceptation de la femme peut résulter des *circonstances de la cause*, ce qui est bien une acceptation tacite; et comment une acceptation tacite serait-elle *formelle*, comme la loi l'exige? Qui dit *tacite*, exclut toute forme. M. Colmet de Santerre est également vague et même contradictoire : il n'admet pas que l'acceptation puisse être induite des *circonstances* où l'on prétendrait trouver la preuve de l'intention de la femme : la volonté doit apparaître dans des *faits* accomplis avec l'intention de prouver son existence (4). Une volonté qui est prouvée

(1) Bourjon, *Droit commun de la France*, VI[e] partie, chap. II, n° 62. Lebrun, *De la communauté*, p. 317, n° 65.
(2) Marcadé, t. V, p. 473, n° III de l'article 1435.
(3) Rodière et Pont, t. I, p. 575, n[os] 669-670.
(4) Colmet de Santerre, t. VI, p. 207, n° 79 *bis* XVIII.

par les faits est une volonté tacite, et la volonté s'induit des circonstances. On tourne ainsi dans un cercle vicieux de contradictions. Troplong est le plus nébuleux des jurisconsultes, il se complaît trop dans ses phrases académiques pour être net et précis, comme le veut notre science : « Je n'aime pas les superstitions formalistes, dit-il, et je ne vois pas pourquoi il n'y aurait pas une acceptation *réelle* là où elle existe sans déclaration *sacramentelle* (1) ». Qui donc songe à une déclaration *sacramentelle?* Est-ce que tous nous ne disons pas, à chaque occasion, que le droit moderne ignore la superstition des formules? Mais la loi ne se contente pas d'une déclaration *réelle,* elle veut une acceptation *formelle,* donc une *forme,* donc des paroles. Inutile de continuer cette critique; le lecteur peut la faire en se demandant à chaque phrase quelle est l'idée de l'auteur, et trop souvent il ne trouvera que des mots.

La jurisprudence est divisée comme la doctrine. Ecrivant en Belgique, nous devons citer un arrêt de la cour de Bruxelles qui, à notre avis, est très-mal rédigé. En exigeant une acceptation formelle, dit la cour, l'article 1435 n'a pas voulu que l'acceptation fût faite en termes *exprès* ou *sacramentels*. La cour confond deux termes qui ont une signification très-différente. On dit qu'un mot est *sacramentel* quand le mot même doit être employé sous peine de nullité : l'acceptation *sacramentelle* demanderait que l'acte employât le mot *accepter* pour marquer le consentement de la femme, tandis qu'il y a acceptation *expresse* dès qu'il y a des paroles quelconques qui manifestent clairement la volonté. La cour de Bruxelles conclut, avec Pothier, que la femme accepte *formellement* quand elle est présente à l'acte et qu'elle le signe (2). Nous ne comprenons pas qu'il y ait une acceptation *formelle* sans *forme*.

La cour de cassation de France s'en est tenue au texte. Dans un premier arrêt, elle a décidé que la décision attaquée était à l'abri de la cassation, parce que la cour parlait des *termes du contrat* pour en conclure que le remploi était

(1) Troplong, t. I, p. 337, n° 1129. Dans le même sens, Aubry et Rau, t. V, p. 305, note 72, § 507.
(2) Bruxelles, 22 avril 1840 (*Pasicrisie,* 1840, 2, 109).

fait et accepté (1). Il y avait donc des *termes*; c'est au juge du fait à les interpréter et à décider s'ils sont formels. Un arrêt récent est plus explicite. La loi veut, dit la cour, que le remploi soit formellement accepté : « s'il n'existe point de termes sacramentels pour exprimer cette intention, et cette acceptation de remploi, il faut au moins qu'elles résultent, avec certitude et sans variation possible dans l'avenir, des *expressions* et des *clauses* de l'*acte*. » Comme, dans l'espèce, l'arrêt attaqué ne prouvait point l'acceptation par les énonciations mêmes de l'acte, en termes exprès ou équipollents, la cour l'a cassé pour violation de l'article 1435 (2).

375. Quand la femme peut-elle et quand doit-elle accepter? La femme ne peut accepter le remploi que lorsque le mari a fait la déclaration prescrite par les articles 1434 et 1435. En effet, accepter, c'est ratifier, d'après la doctrine de Pothier; or, la femme ne peut pas valider un remploi qui n'a pas été fait, ou qui est nul. Si donc le mari faisait la déclaration de remploi postérieurement à l'acquisition de l'immeuble, l'acceptation de la femme serait inopérante, car elle aurait accepté un remploi qui n'existe point. Dès que le remploi est fait, la femme peut l'accepter; elle a intérêt à le faire, parce que si elle tarde, la communauté peut se dissoudre et, après la dissolution, l'acceptation ne peut plus avoir lieu. Cela résulte de l'article 1435, qui est ainsi conçu : « Si la femme n'a pas accepté le remploi, elle a *simplement droit*, lors de la dissolution de la communauté, à la récompense du prix de son immeuble vendu. » Les mots *elle a simplement droit* marquent clairement la pensée de la loi; elle ne donne pas d'option à la femme, comme le fait l'article 1408 pour le retrait d'indivision; la femme doit opter tant que la communauté dure; quand elle est dissoute, la femme n'a plus le choix entre l'acceptation du remploi et le prix de son propre aliéné, elle a *simplement* droit à ce prix; c'est donc son seul droit. S'il y avait un doute, il disparaîtrait quand on consulte la tra-

(1) Rejet, 17 août 1813 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1429).
(2) Cassation, 26 juillet 1869 (Dalloz, 1869, 1, 455).

dition. Dans l'ancien droit, la question était controversée. Pothier expose les deux opinions : l'une permettait à la femme d'accepter, même après la dissolution de la communauté, tant qu'elle n'avait pas été mise en demeure de s'expliquer; tandis que Duplessis lui refusait le droit d'accepter, une fois la communauté dissoute. Le code a tranché la controverse en se prononçant pour la doctrine de Duplessis. La doctrine (1) et la jurisprudence (2) sont en ce sens.

Si, en droit, il n'y a aucun doute, il est difficile de motiver la décision du code. Duplessis, dont l'opinion a été consacrée par l'article 1435, dit que la femme ne s'étant pas expliquée, ayant toujours laissé l'héritage aux risques de la communauté et ayant toujours eu le pouvoir de refuser l'héritage s'il eût diminué de prix, il ne serait pas équitable qu'elle pût profiter, lors du partage, de l'augmentation de valeur qui serait survenue (3). L'argument est de ceux qui prouvent trop : la femme peut attendre, pour se prononcer, jusqu'à ce que la communauté soit près de se dissoudre; elle peut donc attendre que le résultat de l'acquisition ait prouvé si elle est bonne ou mauvaise; si elle peut attendre pendant des années entières, pourquoi ne pourrait-elle pas attendre pendant les quelques mois qui suivent la dissolution de la communauté, la liquidation et le partage devant se faire dès que le mari ou ses héritiers le demandent? Troplong répond qu'à la dissolution de la communauté les choses ne doivent plus éprouver de suspens, qu'il faut que la qualité des biens soit réglée, afin que le partage ne dépende pas de bases capricieuses ou incertaines (4). Ce ne sont pas des motifs, ce sont des mots; une sommation suffit pour mettre fin à l'incertitude, et cette sommation, les parties intéressées ont le droit de la faire dès que la communauté est dissoute.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 200, et les auteurs modernes cités par Aubry et Rau, t. V, p. 306, note 76. Il faut ajouter Colmet de Santerre, t. VI, p. 206, n° 79 *bis* XVII. Rodière et Pont font une distinction (t. I, p. 574, n° 668) qui est inadmissible; voyez la réfutation dans Aubry et Rau, t. V, note 76.
(2) Besançon, 11 janvier 1844 (Dalloz, 1845, 4, 452).
(3) Duplessis, *De la communauté*, t. I, p. 447, livre II, sect. II.
(4) Troplong, t. I, p. 336, n° 1126.

Le mari pourrait-il faire la sommation pendant la durée de la communauté? Il y aurait intérêt, car la condition de l'immeuble restant en suspens, il ne sait s'il est propre ou conquêt; il ne peut donc pas en disposer, ou il n'en disposera qu'à des conditions désavantageuses. Le mari en a-t-il le droit? On le prétend (1); Mourlon dit qu'on ne saurait admettre, que la femme ait le droit d'attendre, avant de se décider, que les chances de l'opération se soient dessinées. Treilhard a émis le même avis au conseil d'Etat, mais il eût fallu une loi pour donner au mari le droit de contraindre la femme à se prononcer. Dans le silence du code, il faut s'en tenir à l'article 1435, qui permet implicitement à la femme d'attendre jusqu'à la dissolution de la communauté.

376. Quel est l'effet de l'acceptation? Rétroagit-elle au jour de l'acquisition? Ou le remploi n'existe-t-il que du moment où la femme l'a accepté? Dans la théorie traditionnelle de l'acceptation, il faut dire que l'acceptation rétroagit. Pothier le dit, et cela n'est point douteux. L'acceptation est une ratification, et la ratification équivaut au mandat. L'article 1998 est applicable à l'espèce; il suppose un mandat dont le mandataire a excédé les limites. Or, le mari est mandataire légal, mais il excède les bornes de son mandat en faisant le remploi sans le concours de la femme. Celle-ci, en acceptant le remploi, ratifie; ce qui équivaut à un mandat. En ce sens, l'acceptation rétroagit. Par conséquent la femme sera censée être partie au contrat dans lequel le mari a fait la déclaration de remploi; pour mieux dire, c'est la femme qui aura fait l'acquisition avec déclaration de remploi; l'immeuble lui est donc propre à partir de l'acquisition. De là des conséquences très-graves quant aux actes de disposition que le mari a faits avant l'acceptation de la femme; ces actes tomberont, puisque le mari n'avait pas le droit de les faire.

Dans la théorie de l'offre, on échappe à ces conséquences, mais c'est au préjudice de la femme. L'immeuble est un conquêt, malgré la déclaration de remploi, cette dé-

(1) Mourlon, t. III. p. 62, n° 155. En sens contraire, Colmet de Santerre, t. VI, p. 207, n° 79 *bis* XVII.

claration n'étant qu'une offre de donner l'immeuble en payement du prix de l'immeuble aliéné par la femme. L'offre ne concerne donc que la femme, elle est étrangère aux rapports du mari avec les tiers; à leur égard, le mari est propriétaire, et il a le pouvoir de disposer; s'il aliène, l'aliénation est et reste valable, puisque c'est l'aliénation d'un conquêt; or, le mari en dispose comme seigneur et maître. Vainement la femme dirait-elle qu'elle a le droit d'accepter le remploi et que son acceptation doit rétroagir, sinon son droit serait illusoire. Le mari lui répondrait que la déclaration d'emploi n'est qu'une offre, qu'il pouvait révoquer tant qu'elle n'était pas acceptée et qu'il l'a révoquée en aliénant l'immeuble. Que si le mari a concédé des droits réels sur l'immeuble, la femme pourra encore accepter le remploi, mais elle devra respecter les hypothèques; en effet, son acceptation est une dation en payement, donc une vente, et l'aliénation de l'immeuble ne porte aucune atteinte aux hypothèques qui le grèvent (1).

Ces deux opinions contraires découlent des principes contraires qui partagent la doctrine. Nous avons admis la théorie traditionnelle, nous devons donc admettre la conséquence que Pothier en déduit, elle est irrésistible. Se prévaudra-t-on des conséquences comme d'une objection contre le principe de la ratification? Nous répondrons que la critique s'adresse au législateur, il savait ce qu'il faisait, puisqu'il avait la doctrine de Pothier sous les yeux; il a trouvé bon de la consacrer, malgré les inconvénients incontestables de la rétroactivité. Il aurait pu prescrire à la femme un délai dans lequel elle aurait été obligée d'opter; il pouvait encore permettre au mari de mettre la femme en demeure de se prononcer. Il ne l'a pas fait, nous devons prendre la loi telle qu'elle est. Les dangers qu'elle présente pour les tiers ont été diminués par les lois nouvelles qui ont prescrit la publicité des transactions immo-

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 64, n° 158, 1°-4°. Aubry et Rau admettent le principe de l'offre, et néanmoins ils enseignent que l'acceptation de la femme rétroagit (t. V, p. 306, § 507). Nous croyons inutile de nous arrêter à cette opinion, qui est restée isolée. Voyez la réfutation dans Colmet de Santerre, t. VI, p. 204, nos 79 *bis* XIV et XV.

bilières. Tout acte translatif de propriété immobilière doit être transcrit pour avoir effet à l'égard des tiers; il faut donc que l'acte d'acquisition contenant la déclaration de remploi soit rendu public pour que la femme puisse l'opposer aux tiers; ceux-ci, ayant connaissance de la déclaration de remploi, doivent s'attendre à l'acceptation et aux effets que produira la rétroactivité : ils ne traiteront pas ou ils traiteront en stipulant des garanties.

Du reste, la question de savoir quel est le système de la loi est indépendante des inconvénients qui résultent de la loi. Les éditeurs de Zachariæ invoquent la discussion du conseil d'Etat sur l'acceptation de la femme, pour en induire que le mari peut révoquer son offre en aliénant l'immeuble qu'il avait acquis en remploi du propre de la femme. C'est une des discussions les plus confuses qui aient eu lieu et elle n'aboutit à aucun vote, sinon au renvoi de l'article à la section de législation. Treilhard était d'avis que l'acceptation de la femme devait avoir lieu au moment même de l'acquisition. Jollivet voulait que la femme pût accepter le remploi, même après la dissolution de la communauté. On voit que la discussion était étrangère à notre question; comment le conseil d'Etat aurait-il décidé une question sur laquelle il n'était pas appelé à délibérer? C'est incidemment que Tronchet exprima l'opinion que l'immeuble acquis par le mari en remploi du propre de la femme était un conquêt (1). Cette opinion isolée s'appuyait-elle sur l'ancien droit? ou sur le projet de code civil? On ne le sait; toujours est-il qu'elle est contraire à la doctrine traditionnelle, telle que Pothier l'a formulée (n° 372), et elle est inconciliable avec les principes que le code a consacrés. Il est impossible que le mari et, par suite, la communauté deviennent propriétaires en faisant l'acquisition d'un immeuble au nom de la femme; le mari ne veut pas devenir propriétaire, et peut-on devenir propriétaire malgré soi? Et comme la femme n'a pas consenti, il faut dire, avec Pothier, que la propriété de l'immeuble reste en suspens (nos 371 et 373); nous allons dire en quel sens.

(1) Séance du conseil d'Etat du 13 vendémiaire an XII, n° 16 (Locre, t. VI, p. 356)

377. Il reste une difficulté : que devient l'immeuble acquis par le mari avec déclaration de remploi au profit de la femme quand celle-ci n'accepte point? Pothier répond que l'héritage sera conquêt (1). Il n'y a aucun doute sur ce point. Mais comment expliquer qu'un immeuble que le mari n'a pas acheté en son nom entre en communauté? Voilà, dira-t-on, la communauté qui devient propriétaire sans le vouloir; et si elle le devient au refus de la femme d'accepter le remploi, pourquoi ne le serait-elle pas au moment de l'acquisition? Il ne faut pas perdre de vue, et très-souvent on le fait, que le remploi est une fiction; pour que la fiction produise son effet, il faut que la femme accepte le remploi que le mari a déclaré faire en son nom. Si la femme refuse, la déclaration de remploi est censée n'avoir pas été faite; la loi revient à la réalité des choses, c'est-à-dire à une acquisition faite par le mari pendant la communauté, donc l'immeuble a toujours été conquêt. La fiction sur laquelle se fonde le remploi implique, par conséquent, que l'immeuble acquis pour tenir lieu de remploi à la femme sera propre à la femme si celle-ci accepte, et conquêt si la femme refuse. C'est en ce sens que la nature de l'immeuble est en suspens.

378. On a souvent comparé l'acceptation de remploi avec le retrait d'indivision que l'article 1408 accorde à la femme quand le mari a acheté en son nom propre un immeuble dont la femme était copropriétaire par indivis. On admet généralement que le retrait rétroagit, et l'opinion traditionnelle est aussi que l'acceptation de la femme rétroagit. Nous avons enseigné que le retrait d'indivision ne rétroagit point, tandis que nous admettons la rétroactivité de l'acceptation du remploi. N'est-ce pas une contradiction? Non, il y a une raison de cette différence. Quand le mari acquiert un immeuble dont la femme a la copropriété indivise, il entend acquérir en son nom propre, c'est-à-dire pour le compte de la communauté; l'acquisition forme donc un conquêt dès le principe; le conquêt se transforme en propre par le retrait d'indivision, l'immeu-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 200.

ble sort du domaine de la communauté pour entrer dans celui de la femme : il y a une nouvelle transmission de propriété, laquelle ne rétroagit point, de sorte que les actes de disposition faits par le mari subsistent. Il en est tout autrement quand la femme accepte le remploi que le mari a fait pour elle; dans ce cas, le mari ne veut pas acquérir pour la communauté, il veut remplacer le propre aliéné de la femme par un autre propre; l'immeuble ne peut donc pas devenir un conquêt lors de l'acquisition; il n'est ni conquêt ni propre; le mari veut, à la vérité, en faire un propre de la femme, mais il sait que celle-ci a le droit de refuser le remploi, que, dans ce cas, la déclaration de remploi tombe et que, par suite, l'immeuble sera un conquêt. La nature de l'héritage acquis en remploi reste en suspens jusqu'à ce que la femme se soit prononcée. L'acceptation de la femme est une ratification; comme telle, elle doit rétroagir; tandis que le retrait d'indivision, loin d'être une ratification, a lieu contre la volonté du mari, la femme faisant un propre de l'immeuble dont le mari voulait faire un conquêt.

379. Qu'arrive-t-il si les conditions prescrites pour le remploi n'ont pas été observées? S'il n'y a pas de déclaration du mari que l'immeuble a été acquis pour tenir lieu de remploi, il est évident que l'immeuble sera un conquêt. Nous disons que cela est évident, et il en serait de même s'il s'agissait d'un remploi fait par le mari en son nom. Le remploi est une fiction, et aucune fiction légale n'existe que sous les conditions déterminées par la loi; si l'une de ces conditions fait défaut, il n'y a plus de fiction, on est sous l'empire de la réalité. C'est dire que l'immeuble reste ce qu'il a toujours été, un conquêt. Cela est si élémentaire qu'il paraît inutile d'en faire la remarque. Si nous la faisons, c'est que nous lisons dans un arrêt de la cour de cassation « qu'il n'est pas toujours nécessaire, pour établir le remploi à l'égard du mari, qu'il y ait une déclaration de sa part; que cet emploi peut résulter des circonstances (1) », c'est-à-dire qu'il peut être tacite; et s'il peut

(1) Rejet, chambre civile, 3 août 1852 (Dalloz, 1852, 1, 257).

être tacite pour le mari, pourquoi ne le serait-il pas à l'égard de la femme, la loi étant identique pour les deux époux? Cela aboutit à effacer les articles 1434 et 1435 du code et à abandonner la fiction du remploi à l'arbitraire du juge. Nous ne connaissons pas de plus grande hérésie juridique. Il suffit de la signaler, elle se réfute d'elle-même. L'erreur ne se trouve que dans un considérant, mais elle est si énorme que nous avons dû la relever.

Il est presque inutile d'ajouter que si la femme n'a pas accepté le remploi formellement, c'est-à-dire d'une manière expresse, l'immeuble sera encore un conquêt. La déclaration du mari tombe quand elle n'est pas acceptée, et quand il n'y a pas de déclaration de remploi, l'immeuble est conquêt.

III. *Comment se fait le remploi.*

380. En quels biens le remploi doit-il se faire? Nous avons toujours supposé que le remploi est fait en immeubles, c'est la supposition de la loi, et cette supposition est une condition. On ne conçoit pas de remploi en objets mobiliers quand il s'agit d'un immeuble propre aliéné. Le but du remploi est de remplacer l'immeuble vendu dans le patrimoine de l'époux qui a aliéné un de ses propres; or, pour que l'époux retire le même avantage du remploi, il faut que l'immeuble vendu soit remplacé par un immeuble; les meubles n'offrent pas à la femme les garanties que lui donnent les immeubles. Le mari ne peut pas aliéner les immeubles de la femme; tandis que, dans une opinion assez répandue, on lui permet d'aliéner ses propres mobiliers. Et quand même on ne lui reconnaîtrait pas ce droit, la femme ne pourrait pas revendiquer les meubles corporels que le mari vendrait, la revendication des objets mobiliers n'étant pas admise en droit français (art. 2279). Puis les immeubles augmentent de valeur, tandis que les objets mobiliers corporels se déprécient par le temps ou par l'usage que l'on en fait. C'est précisément à raison de ces avantages que la loi a consacré la fiction du remploi; il n'aurait plus de raison d'être s'il se bornait à remplacer

le prix provenant de l'aliénation d'un propre immobilier par d'autres valeurs mobilières (1).

La cour de cassation a jugé que le remploi fait en objets mobiliers est nul, mais que la femme seule peut se prévaloir de la nullité (2). Il y a un arrêt de la cour de Bruxelles dans le même sens (3). Voici comment il faut entendre ces décisions. Le remploi en objets mobiliers n'est pas un remploi, c'est une dation en payement; or, la loi admet que le mari cède des *biens* à sa femme en remploi de ses immeubles aliénés ou de deniers à elle appartenant; l'article 1595 dit : des *biens*, ce qui comprend les objets mobiliers. Il va sans dire que si la femme accepte une cession pareille, elle est valable; il ne peut donc pas être question d'en demander la nullité. La cour de Bruxelles dit que la femme seule est admise à critiquer cette opération, comme n'étant pas conforme aux règles protectrices de ses droits; que les tiers ne peuvent invoquer une illégalité qui ne concerne que la femme. Nous ne voyons pas d'illégalité à faire ce que l'article 1595 permet. Tout ce qui en résulte, c'est qu'il n'y aura pas de remploi, il y aura une dation en payement.

381. Il y a le plus souvent une différence de valeur entre l'immeuble aliéné et l'immeuble acquis en remploi. Si l'immeuble acheté en remploi vaut moins, il n'y a aucune difficulté, la femme restera créancière de la communauté pour le surplus; et il en serait de même du mari. Mais que faut-il décider si l'immeuble vaut plus? Sera-t-il propre pour le tout? Pothier répond que l'héritage ne sera propre par subrogation que jusqu'à concurrence du prix pour lequel le propre a été aliéné, et que pour le surplus il sera conquêt. Cette décision est fondée sur l'essence même du remploi. C'est une subrogation, comme le dit Pothier, c'est-à-dire une fiction; or, la fiction n'est établie que pour remplacer le propre aliéné dans le patrimoine de l'époux qui a fait l'aliénation; ce qui implique que la valeur immobilière qui est sortie de son patrimoine par l'aliénation

(1) Troplong, t. I, p. 840, n° 1142.
(2) Rejet, 21 juin 1842 (Dalloz, au mot *Société*, n° 204).
(3) Bruxelles, 10 juillet 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 346).

y rentre par le remploi; au delà de cette valeur, le remploi n'a plus de raison d'être, on reste dans la réalité, l'immeuble, pour l'excédant de valeur, est une acquisition faite pendant le mariage, donc un conquêt. Il est vrai que la loi étend la fiction dans le cas d'échange, qui est aussi une subrogation : l'immeuble reçu en échange est propre pour le tout, quand même il serait d'une valeur plus considérable. Mais la loi ne dit pas la même chose du remploi, donc on reste sous l'empire des principes qui régissent les fictions légales : elles sont de la plus stricte interprétation. Il y a encore une considération de fait qui vient à l'appui des motifs de droit. Si l'immeuble acquis en remploi était propre pour le tout, le mari pourrait se créer des propres à volonté aux dépens de la communauté, c'est-à-dire de la femme; il vendrait un propre, et il ferait de nouvelles acquisitions pour le double ou le triple de la valeur de l'immeuble aliéné (1); pour mieux dire, il n'y aurait plus de limites à ces spéculations intéressées.

Pothier, après avoir établi le principe, y apporte une exception. « Si, dit-il, la somme dont le prix de la nouvelle acquisition excède celle dont le remploi m'était dû était peu considérable, je pense que je devrais être censé avoir fait l'acquisition entièrement pour mon compte, à la charge de récompenser la communauté (2). Peut-on admettre cette exception sous l'empire du code civil? La question est très-controversée, nous n'y voyons pas le moindre doute. Pothier dévie de la rigueur de son principe en étendant la fiction de subrogation : le législateur aurait pu le faire, l'interprète n'a pas ce droit. Ce qui prouve que Pothier fait la loi, c'est qu'il admet une limite purement arbitraire; quand peut-on dire que la différence de valeur est *peu considérable?* La fiction sera étendue ou resserrée, selon le bon plaisir du juge; ce qui est contraire à tout principe. L'interprète ne peut jamais créer de dispositions arbitraires, il ne le peut surtout pas en matière de fictions légales.

(1) Voyez un exemple dans un arrêt de Bruxelles, 29 juillet 1850 (*Pasicrisie*, 1851, 2, 147).
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 198.

Les auteurs sont très-divisés. Delvincourt et Bellot des Minières s'en tiennent au texte, comme on le doit quand il s'agit d'une fiction. Dès que l'on s'écarte de la lettre de la loi, tout devient incertain : voilà pourquoi il y a presque autant d'avis que d'auteurs. Les uns reproduisent la distinction de Pothier, d'autres l'abandonnent. Ces derniers sont également en désaccord entre eux. Colmet de Santerre décide que l'immeuble acquis en remploi sera propre pour le tout, sauf récompense; c'est faire dire à la loi plus qu'elle ne dit. Duranton applique par analogie la disposition de l'article 1407 concernant l'échange; c'est oublier qu'en matière de fictions l'interprétation analogique n'est pas admise. Bugnet, sur Pothier, fait d'autres distinctions; nous croyons inutile de les discuter, parce que nous ne reconnaissons pas aux interprètes le droit de faire la loi (1).

382. Qui supporte les frais du remploi? Quand la femme accepte le remploi, elle est censée avoir parlé au contrat : elle achète; on doit donc lui appliquer l'article 1593, aux termes duquel les frais d'actes et autres accessoires à la vente sont à la charge de l'acheteur.

IV. *Du remploi obligatoire.*

383. Le mari est-il obligé de faire remploi du prix de l'immeuble que la femme aliène? Sous le régime de la communauté légale, la négative est certaine (2). Aucune loi n'impose au mari l'obligation de remployer le prix, et il est dans l'esprit du régime de communauté que le mari jouisse à cet égard d'une entière liberté. L'avantage de ce régime consiste précisément dans la faculté qu'ont les époux de faire servir les biens de la femme à augmenter le crédit du mari. Quand la femme aliène, c'est pour venir en aide au mari, il faut donc que celui-ci conserve la libre disposition des deniers; il serait contradictoire que le mari fût tenu de remplacer le propre de la femme par un

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 389, note 86, § 507 (4e édit.).
(2) Liége, 22 novembre 1855 (*Pasicrisie*, 1856, 2, 115).

nouveau propre, alors que l'héritage appartenant à la femme n'a été aliéné que pour réaliser la valeur immobilière et la mettre à la disposition du mari. Si les époux veulent restreindre cette liberté inhérente au régime de communauté, il faut qu'ils le fassent par leur contrat de mariage, en stipulant que le remploi sera obligatoire pour le mari.

On pourrait objecter que le mari doit veiller aux intérêts de la femme en remplaçant le propre aliéné par un nouveau propre. Voilà pourquoi la loi parle du remploi en traitant de l'administration des biens de la femme, et c'est encore pour cette raison que le mari fait la déclaration de remploi au nom de la femme. Nous répondons que, sous le régime de communauté, les intérêts des époux se confondent, quoiqu'ils aient un patrimoine qui leur reste propre; la femme est associée, et il est juste qu'elle réalise ses valeurs immobilières quand il s'agit de relever le crédit du mari ou de le fortifier; elle y gagnera par les bénéfices que le mari fera et dont elle profite, puisqu'ils tombent en communauté. Aussi la loi ne dit-elle pas que le mari doive remplacer les deniers provenant de l'aliénation d'un propre de la femme; la théorie du remploi implique l'idée contraire. Si le mari était tenu de faire remploi, cette obligation serait en même temps un droit; il agirait donc comme mandataire de la femme, et, par suite, la femme n'aurait pas le droit d'accepter le remploi ou de le refuser. En accordant ce droit à la femme, la loi décide implicitement que le mari n'agit point comme mandataire et qu'il n'est pas tenu de faire le remploi (1).

384. En principe, le remploi est donc facultatif. La femme pourrait-elle stipuler que le remploi sera obligatoire pour le mari? Cela n'est pas douteux, les époux peuvent faire telles conventions qu'ils jugent convenables, pourvu qu'elles ne soient pas contraires aux bonnes mœurs ni à l'ordre public et qu'elles ne soient pas prohibées par la loi. De prohibition, il n'y en a pas, la loi ne s'occupe pas du remploi obligatoire; par cela seul qu'elle ne le

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 195, n° 79 *bis* III.

défend pas, elle l'autorise, puisqu'il n'a rien de commun avec l'ordre public et les bonnes mœurs. Dira-t-on qu'il déroge à la liberté que les époux ont, sous le régime de communauté, de disposer des biens comme ils l'entendent? Il est certain que la clause limite et restreint le droit que la femme a de réaliser ses valeurs immobilières dans l'intérêt du mari et de la communauté. Mais tel est le droit des époux; la femme pourrait stipuler que ses propres seront inaliénables (n° 127), à plus forte raison peut-elle stipuler que les propres seront remplacés, en cas d'aliénation, par d'autres propres.

Reste une difficulté de fait. Quand peut-on dire que le remploi est obligatoire? Comme c'est une exception aux règles de la communauté, elle devra être stipulée par contrat de mariage : c'est une clause de communauté conventionnelle, ce qui implique une volonté formellement exprimée. Nous disons que la difficulté est de fait plutôt que de droit. En effet, il s'agit d'interpréter une convention et de décider quelle a été l'intention des parties contractantes. Ces questions ne se résolvent guère *a priori* (1), tout dépendant des termes de la convention; il est impossible d'établir, à cet égard, des règles, ce ne seraient que des probabilités auxquelles la réalité donne le plus souvent un démenti. Le juge examinera, dans chaque espèce, quelle a été l'intention des parties. Tout ce que l'on peut dire, en théorie, c'est qu'il ne suffit pas que le remploi soit prévu par le contrat, pour que le mari soit obligé de le faire dans l'intérêt de la femme. La cour de cassation s'est prononcée en ce sens dans une espèce où le contrat portait que si un immeuble propre à l'un des époux était aliéné, il serait fait remploi des deniers en acquisition d'autres biens. Etait-ce une clause de remploi obligatoire? Non, car la clause n'imposait aucune obligation au mari; en effet, elle mettait le remploi du mari sur la même ligne que le remploi de la femme; or, on ne dira certes pas que le mari fût obligé de remployer le prix de ses propres aliénés, et bien moins encore que la femme en

(1) Les auteurs le font néanmoins. Aubry et Rau, t. V, p. 307 et note 79. Colmet de Santerre, t. VI, p. 196, n° 79 *bis* IV.

fût tenue ; et si le remploi n'était pas obligatoire pour les biens du mari, il ne l'était pas davantage pour les biens de la femme. La convention ne faisait donc qu'exprimer la volonté que les futurs époux avaient de conserver leurs propres immobiliers et de les remplacer en cas d'aliénation ; cette intention ne suffit pas pour donner un droit à la femme contre le mari (1).

385. Nous disons que la femme doit avoir un droit contre le mari, c'est-à-dire une action pour le contraindre à faire le remploi, pour que le remploi soit obligatoire. En effet, toute obligation implique une action corrélative. Lors donc que le contrat de mariage dispose que le mari sera obligé de faire remploi en cas d'aliénation des propres de la femme, celle-ci aura action contre lui. On croirait qu'il ne peut pas y avoir de doute sur ce point, tellement il est élémentaire. C'est, à la vérité, l'opinion commune, mais elle est vivement combattue par Troplong. « Le mari, dit-il, est juge souverain du parti à prendre, et le *droit* de la femme à un remploi ne lui donne pas *action* pendant le mariage. » Voilà un *droit* d'une espèce nouvelle et une obligation tout aussi singulière. Ce qui caractérise les obligations et les droits juridiques, c'est qu'il y a un créancier et un débiteur, et que le créancier a action contre le débiteur ; un droit sans action n'est pas un droit. Cela est d'évidence ; si donc la femme a un droit, elle a une action ; et si elle n'a pas d'action, elle n'a point de droit. L'action serait inconvenante, dit Troplong, et elle deviendrait une cause de discorde entre le mari et la femme. Qu'est-ce à dire ? La femme ne peut-elle pas avoir d'action contre le mari, pour sauvegarder ses intérêts, sans qu'on l'accuse de manquer aux convenances ? Le code civil ne connaît point ce culte superstitieux de l'autorité maritale ; il donne action à la femme contre le mari pour demander la dissolution de la communauté, ce qui suppose le plus souvent une mauvaise gestion ; voilà une action bien plus scandaleuse que celle de la femme tendant à obtenir un remploi. Comme on l'a dit très-bien, le remploi écartera une cause

(1) Rejet, 1er février 1848 (Dalloz, 1851, 5, 465). Rodière et Pont, t. I, p. 598, n° 695.

de séparation, en garantissant à la femme la reprise de ses propres; elle prévient donc le scandale, au lieu de le faire naître (1). Troplong conclut en disant que la clause de remploi est plutôt *indicative* qu'impérative. Une clause est une convention, toute convention implique un droit et une obligation, donc une action judiciaire. Qu'est-ce qu'une *convention indicative?* Un mot vide de sens (2). Ce que Troplong dit du remploi obligatoire est un tissu de contradictions. Après avoir écrit que la clause n'est qu'*indicative,* il ajoute que c'est une *charge,* un *mandat.* Est-ce qu'une *charge* ne donne pas le droit d'agir en exécution de la charge? Est-ce qu'un *mandat* n'est pour le mandataire qu'une *indication* et le laisse-t-il libre de faire ce qu'il veut, même de ne rien faire du tout? Troplong ne fait qu'une réserve à sa théorie d'une clause qui n'est pas une convention, d'une charge qui n'est pas une charge; il convient que la femme a quelquefois intérêt à ce que le remploi se fasse de suite, il lui permet de stipuler une peine dans le cas où le mari manquerait à son obligation (3). C'est une nouvelle contradiction : peut-il y avoir une peine sans une obligation principale? et quand l'obligation principale est nulle, cette nullité n'entraîne-t-elle pas celle de la clause pénale (art. 1227)?

386. Il y a une difficulté quand la convention, tout en stipulant que le remploi sera obligatoire, ne contient pas de délai dans lequel il doit être fait. La doctrine et la jurisprudence s'accordent à décider que, dans ce cas, le mari peut faire remploi jusqu'à la dissolution de la communauté et qu'il pourrait même le faire après la dissolution. Cette dernière proposition est inadmissible, la dissolution de la communauté fixe la situation des parties; la femme dont l'immeuble a été aliéné sans remploi n'a plus droit qu'à une récompense (art. 1470). Il nous paraît même très-douteux que le mari puisse attendre jusqu'à la dissolution de la communauté pour faire le remploi, en ce sens que sa femme n'ait aucune action contre lui pour

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 196, n° 79 *bis* IV.
(2) Troplong, t. I, p. 333, n° 1109, et p. 334, n° 1114.
(3) Troplong, t. I, p. 207, n° 575, et p. 324, n°s 1072 et 1073.

le contraindre à le faire plus tôt. La femme, dit-on, ne peut jamais prétendre que le mari a manqué à son obligation, puisqu'il jouit d'un terme indéfini pour la remplir (1). Quand les parties ne stipulent pas de terme, il n'en résulte pas que le débiteur jouisse d'un terme indéfini (art. 1900 et 1901). Une occasion se présente de faire le remploi, voilà le terme tacite convenu par les époux ; si le mari ne satisfait pas à son obligation, la femme doit avoir le droit d'agir contre lui pour l'y contraindre. La cour de Caen invoque l'article 1176, d'après lequel la condition qu'un événement arrivera peut toujours être accomplie quand il n'y a point de temps fixé (2). Nous croyons que l'article 1176 est inapplicable, car il ne s'agit pas d'une condition, il s'agit d'un terme, et le terme peut être tacite.

Si le contrat stipule un délai, la femme doit avoir action contre son mari. Dans ce cas-là même, Troplong maintient sa doctrine : la clause, dit-il, est plutôt indicative que limitative. Sans doute, si aucune occasion ne s'est présentée de faire le remploi, le mari ne sera pas en faute ; mais on suppose qu'une occasion se présente et que le mari néglige néanmoins de faire le remploi : prétendre que la femme n'aura pas le droit d'agir contre lui, c'est violer la loi du contrat. Dire, comme le fait Troplong, que le mari est administrateur des propres de la femme et que, sous la lettre du contrat de mariage, il a une grande latitude, c'est ne rien dire, ce sont des affirmations que le contrat contredit : que deviendraient les conventions si on les interprétait ainsi (3)?

Si la femme n'use pas de son droit pendant la durée de la communauté, elle y renonce par cela même ; en ce sens, du moins, qu'après la dissolution de la communauté, elle n'a plus droit qu'à la récompense de son prix (4). Il se pourrait qu'il n'y eût pas renonciation : la femme aurait

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 196, n° 79 *bis* IV.
(2) Caen, 27 mai 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1447), et 26 février 1845 (Dalloz, 1845, 2, 81).
(3) Troplong, t. I, p. 325, n° 1074. En sens contraire, Colmet de Santerre. t. VI, p. 196, n° 79 *bis* IV.
(4) Angers, 18 mars 1868 (Dalloz, 1868, 2, 82)

droit, dans ce cas, à des dommages-intérêts ; c'est la conséquence de toute obligation qui ne peut plus être remplie par la faute du débiteur, et nous supposons qu'il y a eu négligence de la part du mari (art. 1147).

387. La clause de remploi a-t-elle effet contre les tiers? On suppose que le contrat de mariage porte qu'en cas d'aliénation d'un propre de la femme, le mari doit faire remploi. En résultera-t-il que le remploi est une condition prescrite pour la validité de l'aliénation? de sorte que si le remploi n'était point fait, la femme aurait le droit d'agir en résolution de la vente? La simple clause de remploi ne saurait avoir d'effet contre les tiers; c'est une garantie que la femme stipule contre son mari, cette garantie n'impose aucune obligation aux tiers qui contractent avec le mari ; ils ne sont donc pas obligés de veiller à ce que le remploi se fasse. La raison en est que les tiers acquéreurs ne peuvent être obligés en vertu d'une clause qui ne s'adresse pas à eux. Sans doute, ils doivent se faire représenter le contrat de mariage pour s'assurer des droits du mari. Mais la simple clause portant que remploi sera fait n'altère pas les droits des époux. Mariée sous le régime de communauté, la femme conserve le droit d'aliéner ses propres, et le remploi que le mari doit faire du prix n'empêche pas que la femme soit capable d'aliéner. C'est seulement après l'aliénation que naît pour le mari l'obligation de faire remploi ; à ce moment, les tiers acquéreurs n'ont qu'une seule obligation, celle de payer le prix, et ils doivent le payer entre les mains du mari, comme administrateur des biens de la femme, sans pouvoir exiger que le mari fasse remploi. Etant sans droit, ils sont par cela même sans obligation. Nous dirons plus loin qu'il en est autrement quand les époux sont mariés sous le régime dotal ; la femme dotale ne peut pas aliéner les biens dotaux ; si le contrat permet l'aliénation à charge de remploi, les tiers sont obligés de veiller à ce qu'il se fasse, car le remploi est la condition sous laquelle l'immeuble peut être aliéné. Sous le régime de communauté, au contraire, c'est l'aliénabilité qui est la règle, et la clause de remploi ne déroge pas à la règle, elle ne défend pas à la femme

d'aliéner, ni au mari de toucher le prix; elle est donc sans effet à l'égard des tiers.

La doctrine est constante en ce sens (1) et la jurisprudence, après quelque hésitation, a consacré l'opinion enseignée par les auteurs. Il y a des arrêts qui ont décidé que l'obligation d'emploi constitue une condition de *capacité* pour la femme, de sorte que la femme commune deviendrait incapable d'aliéner ses propres. C'est, sans doute, la tradition romaine du régime dotal qui a égaré les cours ; la femme commune est capable d'aliéner, et la garantie qu'elle stipule pour le remploi du prix ne la rend certes pas incapable (2). Il est inutile d'insister sur cette erreur, la cour de cassation l'a condamnée et elle est abandonnée. Ce qui prouve qu'il s'agit d'un préjugé romain, c'est que les arrêts cassés par la cour suprême ont été rendus dans les anciens pays de droit écrit, et la cour de cassation a bien soin d'établir la différence qui existe, sous ce rapport, entre un régime qui est basé sur l'inaliénabilité des biens dotaux et un régime qui maintient le principe de l'aliénabilité (3).

388. Les conséquences de l'ancienne jurisprudence étaient graves : elles ne tendaient à rien moins qu'à imprimer le caractère de dotalité aux propres de la femme, quand, en se mariant sous le régime de communauté, elle stipulait le remploi en cas d'aliénation. Un contrat de mariage porte la clause suivante : les époux, en adoptant le régime de la communauté, se sont réservé la faculté d'aliéner leurs propres, à charge de remploi, de la part du futur époux, du prix qu'il touchera des propres de la femme. Cette clause, dit la cour de Dijon, doit avoir un effet; cet effet ne peut être autre que de déclarer nulles les aliénations des propres de la femme qui n'auraient pas été suivies d'un remploi immédiat et de mettre ces biens à l'abri de l'action des créanciers. C'était appliquer

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 307 et suiv. et note 82, et les autorités qu'ils citent. Colmet de Santerre, t. VI, p. 197, n° 79 *bis* V.

(2) Voyez les arrêts rapportés dans le *Répertoire* de Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1462, et Caen, 21 février 1845 (Dalloz, 1845, 2, 81).

(3) Cassation, 1er mars 1859 (Dalloz, 1859, 1, 122).

au régime de communauté les règles du régime dotal, et la cour l'avouait : il est libre, dit-elle, aux futurs époux de stipuler la dotalité des propres de la femme, tout en se mariant sous le régime de communauté, et ils le font, sous certains rapports, en stipulant que les biens de la femme ne pourront être aliénés sans remploi. Sans doute, dit la cour de cassation en cassant trois arrêts de la cour de Dijon, les époux peuvent soumettre, sous le régime de communauté, les propres de la femme au régime dotal, mais cette convention doit être expresse, dit l'article 1392 ; or, l'obligation de remploi ne dépouille pas la femme du droit d'aliéner ses immeubles, de les hypothéquer et de les obliger; cette clause ne regarde pas les tiers, elle donne seulement à la femme un recours contre son mari dans le cas où il n'aurait pas fait remploi du prix de ses propres aliénés (1). La doctrine condamnée par la cour de cassation était aussi dangereuse que peu juridique. En voyant que les époux étaient mariés sous le régime de communauté, les tiers devaient croire que la femme avait le droit d'obliger ses biens; ils contractaient en toute confiance, puis la femme venait leur opposer la clause d'emploi, et échappait ainsi à l'exécution de ses engagements. Vainement les cours disaient-elles que les tiers devaient connaître les conventions matrimoniales de ceux avec lesquels ils traitaient; ce sont précisément ces conventions qui les trompaient quand on les interprétait dans le sens de la dotalité. C'était appliquer contre les tiers, et à leur grand préjudice, une clause d'emploi qui, par sa nature, concerne uniquement les rapports des époux, car elle n'a d'autre objet et elle ne peut avoir d'autre effet que de rendre l'emploi obligatoire, alors qu'en règle générale, il n'est que facultatif (2).

389. Les parties peuvent-elles stipuler la clause d'emploi avec cet effet que l'emploi sera obligatoire à l'égard des tiers, de sorte que la validité des aliénations et des engagements contractés par la femme sera subordonnée

(1) Cassation, 29 décembre 1841 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, nº 1458). Comparez les arrêts rapportés au nº 1461.

(2) Limoges, 24 juillet 1857, et Rejet, 9 août 1858 (Dalloz, 1858, 1, 371).

au remploi? L'affirmative est admise par les auteurs et par la jurisprudence, et elle ne nous paraît pas douteuse. Il est permis aux époux de stipuler que les biens de la femme commune seront inaliénables; cette convention, comme toute convention matrimoniale, peut être opposée aux tiers. A plus forte raison les époux peuvent-ils convenir que l'aliénation des biens de la femme ne pourra se faire que sous la condition d'emploi; et cette convention est également opposable aux tiers; ce sera la dotalité à un moindre degré, l'aliénation n'étant permise que sous certaines conditions; or, qui peut le plus, peut le moins. Les tiers ne peuvent pas se plaindre, ils doivent se faire représenter le contrat de mariage des époux, et, d'après les lois nouvelles, portées en France et en Belgique, ils apprennent par les actes de l'état civil si les époux ont fait un contrat devant notaire.

Quels seront les effets de la clause? Sur ce point, il y a eu de longues discussions et une grande diversité de jurisprudence. Dans les pays de dotalité, l'inaliénabilité des biens dotaux est toujours vue avec grande faveur et, par suite, les cours sont portées à interpréter les clauses de remploi dans le sens de l'inaliénabilité. Nous avons dit plus haut (n° 128) que la cour de cassation a condamné ces exagérations romaines. Les parties sont libres de stipuler ce qu'elles veulent, même l'inaliénabilité des biens de la femme, mais la loi veut que cette stipulation soit expresse (art. 1392); si la clause d'emploi ne déclare pas les biens de la femme inaliénables, ils resteront sous l'empire du droit commun, malgré cette clause; c'est aujourd'hui un principe universellement admis que la clause d'emploi ne donne pas le caractère de dotalité aux biens, alors même que l'emploi serait obligatoire pour les tiers. Quel sera, dans ce cas, l'effet de la clause? Il faut toujours consulter le contrat de mariage, puisque tout dépend des conventions qui s'y trouvent constatées (1). La question s'est présentée devant la cour de cassation dans les termes suivants. Il était dit dans le contrat de mariage

(1) Caen, 6 août 1866 (Dalloz, 1868, 2, 27).

que le prix des propres de la femme ne pourrait être reçu par le mari que sous condition de remploi ; puis le contrat ajoutait : « La clause ci-dessus ressortira effet à l'égard de tous tiers, qui devront s'y conformer pour se libérer, nonobstant tous arrêts contraires qui pourraient être interprétés favorablemennt pour les tiers. » Dans l'espèce, la volonté des parties n'était pas douteuse ; la clause ne rendait pas les biens de la femme inaliénables, elle avait pour but de garantir l'emploi du prix ; la meilleure des garanties est certainement d'intéresser les acheteurs au remploi, en ne leur permettant de payer que si le remploi est fait. Cette clause, dit la cour, n'a rien de contraire aux lois et aux bonnes mœurs, puisque l'obligation qu'elle impose aux tiers est de droit sous le régime dotal. Les tiers ne sauraient s'en plaindre, car en achetant les biens de la femme, ils ont eu connaissance de la clause du contrat de mariage, et ils ont ainsi accepté tacitement l'obligation de surveiller le remploi ; voilà le motif juridique de l'obligation qui incombe aux tiers ; on ne peut pas objecter que les tiers, étant étrangers au contrat de mariage, ne peuvent pas être liés par une clause à laquelle ils n'ont point consenti ; le contrat de mariage peut être opposé aux tiers, en tant qu'il détermine les droits des époux ; si le contrat porte que le mari ne peut recevoir le prix de vente qu'en justifiant l'emploi, les tiers acquéreurs ne pourront payer entre ses mains que sous cette condition ; ils s'y soumettent en achetant ; il y a donc consentement de leur part. Dans l'espèce, on objectait que la femme avait déclaré renoncer à la condition de remploi. La cour répond que cette renonciation est nulle, puisqu'elle modifierait les conventions matrimoniales, lesquelles ne peuvent recevoir aucun changement. Après la dissolution du mariage, la femme peut renoncer à des droits qui sont exclusivement établis en sa faveur et en respectant les droits acquis ; elle ne le peut pas pendant la durée du mariage (1). La conséquence est que si les tiers acheteurs payent sans qu'il y ait eu emploi, ils res-

(1) Rejet, 19 juillet 1865 (Dalloz, 1865, 1, 131).

tent débiteurs du prix. La vente n'est pas nulle, mais la femme peut en demander la résolution, si l'acheteur ne paye pas le prix. C'est le droit commun.

390. La clause d'emploi soulève encore une autre difficulté. On demande si le remploi aura lieu de plein droit, en ce sens qu'il existera, par cela seul que le mari aura acheté un immeuble en exécution du contrat, sans déclaration et sans acceptation de la femme. La doctrine est très-incertaine sur ce point. Il faut d'abord distinguer entre la déclaration de remploi et l'acceptation. La déclaration est requise par la loi comme condition de la subrogation qu'elle autorise; nous ne voyons pas de quel droit les parties pourraient se soustraire à une obligation que la loi impose. N'oublions pas qu'il s'agit d'une fiction légale; tout est donc de la plus stricte interprétation. C'est lors de l'acquisition que la déclaration doit être faite; elle doit mentionner l'origine des deniers et l'intention de subroger; sans cette double déclaration, il ne saurait y avoir de remploi. La convention de remploi, alors même qu'elle serait obligatoire pour les tiers, ne tient pas lieu de la déclaration de remploi. Quel en est le but? C'est de con traindre le mari à faire remploi en y intéressant les tiers. Reste à savoir sous quelles conditions il y aura remploi, quand le mari voudra le faire; les articles 1434 et 1435 répondent à cette question.

Faut-il aussi que la femme accepte? Nous supposons une clause de remploi obligatoire. A notre avis, la femme ne doit pas accepter. Pourquoi la loi exige-t-elle l'acceptation? Parce que le mari agit sans pouvoir; la femme n'ayant pas consenti est appelée à consentir, et elle consent en acceptant. Telle n'est plus la situation quand le contrat impose au mari l'obligation de faire remploi; la clause de remploi est un mandat que le mari est tenu de remplir; il n'agit plus comme gérant d'affaires, il agit comme mandataire; or, le mandataire est l'intermédiaire du mandant, c'est le mandant qui consent, qui parle au contrat. Donc la femme acquiert quand le mari fait l'acquisition, et elle acquiert avec déclaration de remploi, partant elle devient propriétaire et le remploi est con-

sommé. Vainement objecte-t-on que l'acquisition faite par le mari peut ne pas convenir à la femme et que l'on ne doit pas rétorquer contre elle une clause qui a été stipulée en sa faveur. C'est mal raisonner; il ne s'agit plus d'une question d'intérêt, il s'agit d'une question de droit : la femme a-t-elle donné mandat? a-t-elle consenti? Oui, donc le remploi est fait; la femme ne peut plus revenir sur son consentement. Elle doit accepter quand c'est le mari qui achète; mais quand il y a remploi obligatoire, c'est elle-même qui achète, et il serait absurde de lui faire approuver ce qu'elle-même a fait, et plus absurde encore de lui permettre de refuser le remploi qu'elle-même a consenti.

Que dit-on pour l'opinion contraire? Troplong invoque d'abord la tradition. Ecoutons Lebrun que l'on nous oppose. Il commence par dire qu'il ne suffit pas que l'on ait stipulé le remploi par un contrat de mariage pour que le remploi existe; il faut de plus la déclaration de remploi et l'acceptation de la femme. Telle est la règle, et elle est incontestable. Mais, continue Lebrun, cette règle souffre exception au cas qu'il y ait des clauses dans le contrat de mariage qui équipollent à un consentement donné pendant le mariage (1). On voit que le témoignage de Lebrun se tourne contre celui qui l'invoque. La clause de remploi peut tenir lieu d'acceptation quand elle implique consentement. Voilà la théorie de Lebrun, c'est la nôtre. Reste à savoir si la clause vaut ou non consentement. Cette question est de fait, puisqu'elle dépend de l'interprétation du contrat. La cour de Bourges a décidé, dans une espèce, que la clause de remploi ne valait pas acceptation. Troplong se prévaut de cette décision; à vrai dire, l'arrêt ne fait qu'interpréter la clause d'un contrat, il ne pose pas en principe que l'acceptation est toujours requise, malgré la clause de remploi; il dit que la clause, pour valoir acceptation, ne doit présenter aucune ambiguïté, que le sens en doit être clair et dans l'intérêt des parties contractantes et dans l'intérêt des tiers (2). Nous ne disons pas autre chose.

(1) Lebrun, *De la communauté*, p. 317 et suiv., n[os] 66 et 68.
(2) Bourges, 1[er] février 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1424).

Ce que Troplong ajoute à l'appui de ces prétendues autorités n'est pas fait pour donner crédit à son opinion. Il ne peut pas nier que la clause de remploi obligatoire renferme un mandat, mais il dit que ce mandat ne donne pas au mari plein pouvoir; ce n'est pas un mandat pour acheter définitivement au nom de la femme. Si un mandat était ainsi limité, il est certain qu'il faudrait s'en tenir à la convention; mais il ne se trouve dans la clause rien qui fasse soupçonner ces restrictions; disons plus, si on les admet, la clause devient inutile et n'a plus aucun sens : il y aurait mandat sans qu'il y eût aucun pouvoir donné au mandataire. C'est un mandat que Troplong imagine pour le besoin de la cause (1).

391. Il y a une dernière hypothèse, sur laquelle les auteurs sont également partagés. La clause porte que la première acquisition faite par le mari après l'aliénation du propre de la femme servira de remploi. Faut-il, dans ce cas, une déclaration de remploi et une acceptation? On pourrait croire que la déclaration et l'acceptation sont inutiles, les époux ayant déclaré d'avance leur volonté. Si le remploi était régi par le droit commun, nous serions de cet avis. Mais le remploi est une fiction, et appartient-il aux parties de déroger aux conditions que la loi prescrit pour qu'il y ait fiction? Nous avons d'avance répondu à la question (n° 390) en ce qui concerne la déclaration de remploi. Quant à l'acceptation, ce n'est qu'un consentement; or, rien n'empêche la femme de consentir d'avance en donnant à son mari un mandat limité : si la clause de remploi obligatoire vaut acceptation, à plus forte raison en est-il ainsi quand la femme déclare dans le contrat qu'elle accepte, à titre de remploi, la première acquisition faite par le mari. Dira-t-on que la femme se met par là à la merci, du mari qui sera libre de faire une acquisition désavantageuse à la femme? Notre réponse est très-simple : la femme l'a voulu ainsi. Entendait-elle se réserver la faculté de refuser le remploi, elle devait le dire.

(1) Mourlon, *Rrpétitions*, t, III, p. 70, note. Voyez, en sens divers, les autorités citées par Aubry et Rau, t. V, p. 308, note 33.

Si elle ne dit rien, on lui appliquera le droit commun qui régit le mandat : elle consent, donc elle ne peut revenir sur son consentement (1).

SECTION II. — Du passif de la communauté.

392. Le passif de la communauté soulève une difficulté analogue à celle que nous avons examinée en traitant de l'actif. Il s'agit de savoir si les dettes qui entrent dans le passif de la communanté sont les dettes d'une personne morale, ou si ce sont les dettes des époux associés. Voici quel est l'intérêt de la question. On considère généralement comme personnes morales les compagnies de finance, de commerce ou d'industrie dont parle l'article 529, ou, en termes plus généraux, les sociétés de commerce, sauf les sociétés en participation. Toute société a un actif et un passif. Quand la société est une personne civile, les biens appartiennent à cet être fictif que la loi distingue des associés; de même les dettes sont à la charge de cet être moral; les associés, tant que dure la société, ne possèdent pas les biens, et ils ne sont pas tenus des dettes. Voici l'intérêt pratique de la question. On applique à la société considérée comme personne civile le principe établi par l'article 2092 (loi hyp., art. 7) : qui oblige sa personne, oblige ses biens; de sorte que les biens de la société sont le gage de ses créanciers (art. 2093; loi hyp., art. 8). De là la conséquence que les créanciers de la société sont payés sur le patrimoine social, de préférence aux créanciers des associés. En est-il de même des créanciers de la communauté à l'égard des créanciers des époux?

La question ne peut pas se présenter en ce qui concerne les créanciers du mari. En effet, il est de principe que toute dette du mari est une dette de communauté, donc les créanciers du mari deviennent créanciers de la commu-

(1) Toullier, t. XII, p. 314, n° 363. Duranton, t. XIV, p. 503, n° 430. Troplong, t. I, p. 338, n° 1138. Rodière et Pont exigent toujours l'acceptation (t. I, p. 594, n° 689). Aubry et Rau (t. VI, p. 308 et suiv., note 84) font des distinctions que le législateur seul a le droit de faire.

nauté, quand leurs créances sont antérieures à la célébration du mariage ; et si la dette a été contractée pendant le mariage, on applique la règle que le mari, en s'obligeant, oblige ses biens ; or, les biens du mari et ceux de la communauté ne forment qu'un seul patrimoine, dont le mari dispose en seigneur et maître et qu'il oblige en s'obligeant. Dès lors il ne saurait y avoir de conflit entre les créanciers du mari et ceux de la communauté, les uns et les autres ayant pour gage le même patrimoine.

On dira que notre proposition est trop absolue en ce qui concerne les dettes antérieures au mariage : ces dettes n'entrent pas toutes en communauté, puisque les dettes immobilières en sont exclues ; de sorte que les dettes immobilières du mari lui restent personnelles et ne peuvent pas être poursuivies contre la communauté. A l'égard des créanciers de dettes immobilières, le conflit pourrait donc se présenter en théorie : seront-ils primés par les créanciers de la communauté? Cela supposerait que la mise en communauté des biens des époux est une aliénation. Or, nous avons dit plus haut que les biens communs continuent à appartenir aux deux époux considérés comme associés. Cela décide la question des dettes. Aucune dette ne peut être à charge d'un patrimoine social distinct du patrimoine des époux, puisque les biens sociaux sont les biens des deux époux (1).

393. Nous n'avons parlé jusqu'ici que des créanciers du mari. A leur égard, il n'y a pas de difficulté pratique ; les auteurs qui considèrent la communauté comme une personne morale ne supposent pas même un conflit entre les créanciers de la communauté et les créanciers du mari. Mais ils prétendent que le conflit existe entre les créanciers de la femme et ceux de la communauté et que, dans cette hypothèse, ceux-ci l'emportent sur les créanciers de la femme. « La communauté, dit Troplong, forme si bien un corps distinct, que les créanciers personnels de la femme sont primés par les créanciers de la communauté sur les effets de la communauté. » Troplong cite à l'appui de son

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 41, n° 18 *bis* III, et p. 42, n° 18 *bis* IV.

opinion un arrêt de la cour de cassation (1). Examinons d'abord la question en théorie. Nous disons que le conflit ne peut pas se présenter. Pour les dettes contractées par la femme pendant le mariage, cela est certain. En effet, la femme n'a pas le droit d'obliger la communauté par les obligations qu'elle consent, à moins qu'elle ne contracte avec l'autorisation du mari; dans ce cas, ses dettes entrent en communauté et deviennent dettes du mari, de sorte que les créanciers de la femme et les créanciers de la communauté sont sur la même ligne : il ne peut pas être question de préférence entre des créanciers dont les droits sont identiques. Que si la femme contracte avec autorisation de justice, elle n'oblige que la nue propriété des biens qui lui sont personnels; ses créanciers ne deviennent pas créanciers de la communauté. Est-ce parce que la communauté est une personne morale? Non, c'est parce que la femme ne peut pas obliger les biens de la communauté dont le mari est seigneur et maître. Quant aux dettes de la femme antérieures au mariage, elles tombent en communauté, comme celles du mari, quand elles sont mobilières et qu'elles ont date certaine; sous ce rapport, il n'y a aucune différence entre la femme et le mari. Si les dettes n'ont pas date certaine, elles ne tombent pas en communauté, les créanciers n'ont d'action que sur la nue propriété des propres de la femme; par suite, il ne peut pas y avoir de conflit entre ces créanciers et ceux de la communauté, donc pas de préférence (2).

L'arrêt invoqué par Troplong est si mal analysé, qu'on a de la peine à comprendre ce que la cour de cassation a jugé. Il s'agissait de savoir si le principe de la division des dettes entre les héritiers empêche l'application de l'article 883, aux termes duquel le partage est déclaratif de propriété, puis si le principe consacré par l'article 883 est applicable à la communauté. Sur ce dernier point, il n'y a pas de doute, et le premier est étranger aux époux communs en biens. Il résulte de l'article 883 que les créances mises au lot des héritiers du mari ne peuvent être saisies

(1) Troplong, t. I, p. 151, n° 320.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 42, n° 18 *bis* IV.

par les créanciers de la femme, et que la saisie opérée avant le partage vient à tomber par l'effet déclaratif du partage. Est-ce là une préférence des créanciers de la communauté sur les créanciers de la femme? La question n'a pas de sens. En effet, si la créance avait été mise au lot de la femme, les créanciers des héritiers du mari n'auraient eu aucune action sur cette créance. Est-ce à dire que les créanciers de la femme priment les créanciers de la communauté? Il ne peut pas y avoir de conflit entre des créanciers qui, comme dans l'espèce, avaient des débiteurs différents. De quoi s'agissait-il au procès? Un créancier personnel de la femme saisit pour moitié une créance due à la communauté en invoquant la division des créances entre les héritiers. Sa demande a été rejetée. L'a-t-elle été parce que les créanciers de la communauté priment les créanciers de la femme? Non, cette question n'a pas même été soulevée. Le demandeur invoquait uniquement le principe de la division des créances consacré par les articles 873 et 1220, et la cour de cassation repoussa sa prétention en se fondant sur l'article 883; la créance mise au lot des héritiers du mari échappait par cela même à l'action des créanciers de la femme (1).

394. La question de la personnification de la communauté se présente encore en matière de compensation. Dans une société de commerce, en supposant qu'elle forme une personne civile, l'actif social est distinct du patrimoine des associés; si la société est créancière, cette créance appartient à l'être moral, elle n'appartient pas aux associés. Ceux-ci ne sont donc pas créanciers des débiteurs sociaux; de là suit que s'ils sont débiteurs d'un débiteur social, ils ne peuvent pas lui opposer en compensation ce qu'il doit à la société pour la part qu'ils ont dans la société, car ils sont débiteurs et ils ne sont pas créanciers; ou, si l'on veut, le débiteur de la société n'est pas débiteur des associés; donc la compensation est impossible.

En est-il de même en matière de communauté? Il faut distinguer entre le mari et la femme. Le mari étant maître

(1) Rejet, 24 janvier 1837 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 2319).

et seigneur de la communauté, il s'ensuit que les créances de la communauté sont les siennes, de même qu'il est débiteur des dettes sociales ; le mari peut donc compenser ses dettes avec les créances de la communauté (1). La femme, au contraire, ne peut pas compenser ses dettes avec les créances de la communauté, parce que ces créances ne lui appartiennent pas, pas même pour sa part. Est-ce parce que la communauté est une personne civile? Non, c'est parce que l'actif social appartient au mari et se confond avec son patrimoine ; la femme est donc débitrice et elle n'est pas créancière, ce qui rend la compensation impossible (2).

ARTICLE 1er. Des dettes qui entrent dans le passif de la communauté.

§ Ier. *Notions générales.*

395. La communauté a un passif, comme elle a un actif. Passivement pas plus qu'activement, elle ne forme un être moral distinct des deux époux. Quand on dit que la communauté a un passif, cela ne veut pas dire que les dettes qui y entrent soient les dettes d'une personne civile ; ce sont les dettes des deux époux considérés comme associés, de même que les biens de la communauté sont les biens des deux époux associés. Les époux ont aussi des dettes qui n'entrent pas en communauté, qui leur restent propres, de même qu'ils ont un patrimoine propre. Il y a donc trois patrimoines passifs, comme il y a trois patrimoines actifs : la communauté a son passif et chacun des deux époux a le sien. Nous venons de dire que la question de savoir si la communauté est une personne civile n'a aucun intérêt en ce qui concerne les dettes qui sont à sa charge. Ce sont les dettes des deux époux. Pendant la communauté, c'est le mari qui est débiteur, c'est lui qui est poursuivi, c'est lui qui est tenu de payer, et il est obligé non-seulement sur les biens communs, mais aussi sur ses biens propres ; s'il est seigneur et maître de l'actif social, comme il l'est de ses biens propres, par contre il est aussi

(1) Bruxelles, 15 février 1834 (*Pasicrisie*, 1834, 2, 44).
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 42, n° 18 *bis* III, et p. 43, n° 18 *bis* V.

débiteur des dettes sociales. Cela est très-naturel en ce qui concerne les dettes contractées pendant la durée de la communauté, car c'est le mari qui les contracte et lui seul a le droit d'obliger la communauté. Il en est même ainsi des dettes antérieures à la célébration du mariage; pourvu qu'elles aient date certaine, les dettes de la femme entrent dans le passif de la communauté et le mari en devient débiteur, il est tenu de les payer comme chef de la communauté, non-seulement sur les biens communs, mais aussi sur ses biens propres; en ce sens, un vieil adage dit : *Qui épouse la femme épouse les dettes*. Mais, à la dissolution de la communauté, l'actif se partage, ainsi que le passif; la femme doit supporter la moitié des dettes communes. Nous dirons plus loin quels priviléges la loi lui accorde de ce chef.

396. Pourquoi certaines dettes des époux entrent-elles en communauté, tandis que d'autres leur restent propres? La communauté n'est pas une société universelle, comprenant tous les biens présents et à venir des associés; les époux conservant un patrimoine qui leur est propre, il est juste qu'ils soient aussi tenus de certaines dettes qui leur restent propres. Quel est le principe que la loi suit à cet égard? Il faut distinguer entre les dettes présentes, c'est-à-dire celles dont les époux sont grevés lors de la célébration du mariage et celles qu'ils contractent pendant la durée de la communauté.

Quant aux dettes antérieures au mariage, la loi suit le principe que l'actif mobilier est grevé des dettes mobilières. La communauté légale, dit Pothier, est chargée de toutes les dettes mobilières dont chacun des conjoints était débiteur lors de la célébration du mariage; cela est conforme à un principe de notre ancien droit français « que les dettes mobilières d'une personne sont une charge de l'universalité de ses meubles. » Chacun des conjoints, en se mariant, faisant entrer l'universalité de ses meubles dans la communauté légale, il s'ensuit que la communauté doit être tenue de leurs dettes mobilières (1). Le

(1) Pothier. *De la communauté*, n° 233.

principe paraît conforme à la règle d'équité qui veut que les charges soient supportées par celui qui a les émoluments. En réalité, l'application que la loi fait du principe à la communauté blesse l'équité, car l'équité c'est l'égalité. Or, dans le système du code, il n'y a pas d'égalité. L'égalité exigerait que la communauté fût tenue des dettes mobilières de chacun des époux d'après la valeur du mobilier qu'ils apportent en communauté. Or, la loi ne tient aucun compte de cette valeur proportionnelle. Qu'en résulte-t-il? C'est que la communauté doit payer les dettes de celui des époux qui ne met rien en communauté, parce que sa fortune est immobilière, tandis que son conjoint a une fortune mobilière et pas de dettes; dans une pareille situation, la communauté devient un moyen de payer ses dettes aux dépens de son conjoint. Certes ce résultat n'est pas en harmonie avec la loi d'égalité et d'équité (1).

Ce n'est pas tout. La loi ayant égard à la nature des biens et des dettes, il en résulte que les dettes mobilières des époux entrent en communauté, tandis que les dettes immobilières leur restent propres. En apparence, on applique la maxime d'équité, que celui qui a l'émolument doit avoir la charge. Dans l'ancien droit, cette égalité proportionnelle existait, en ce sens que la plupart des dettes étaient immobilières. On considérait comme telles toutes les rentes; or, par suite de la prohibition du prêt à intérêt, les capitaux étaient presque tous placés en rentes foncières et constituées; les dettes mobilières étaient donc relativement peu nombreuses, et l'actif mobilier aussi avait généralement peu d'importance; il en était surtout ainsi dans les temps reculés où la communauté s'introduisit; au XVI[e] siècle encore, un jurisconsulte a pu dire : *Vilis mobilium possessio*. Ainsi la fortune immobilière des époux leur restait propre, ainsi que les dettes immobilières, c'est-à-dire que presque tout l'actif et le passif des époux étaient exclus de la communauté. Le mobilier qui leur restait propre avait peu d'importance,

(1) Comparez Toullier, t. VI, 2, p. 201, n° 200, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 321, note 22, § 508

et il en était de même des dettes mobilières dont ils étaient grevés.

Cet état de choses a changé du tout au tout. Les fortunes mobilières ont pris un accroissement considérable, et elles vont encore tous les jours en augmentant. Toutes ces valeurs entrent dans l'actif de la communauté légale. D'un autre côté, les rentes sont mobilières d'après le code civil (art. 529); les dettes immobilières sont en très-petit nombre et si douteuses que les auteurs ne s'accordent pas même sur le point de savoir quelles dettes sont immobilières : preuve que ces dettes n'ont aucune importance pratique. Ainsi les changements survenus dans l'état social dans la législation ont bouleversé les bases de l'ancienne communauté. L'égalité subsiste, telle qu'on la concevait dans l'ancien droit, lorsque la fortune des deux époux est immobilière; elle entre alors en communauté avec les dettes. Il n'en est pas de même quand l'un des époux a une fortune mobilière et que l'autre ne possède que des immeubles. Celui-ci conservera toute sa fortune, et s'il a des dettes, elles entrent en communauté; ce régime aura pour effet que la fortuue mobilière de l'un des époux servira à payer les dettes de l'autre.

On répond à ce reproche que les époux sont libres de stipuler la séparation de dettes, ou toute autre clause qui rétablit l'égalité entre eux. Sans doute; aussi la plupart de ceux qui ont quelque fortune font-ils un contrat de mariage qui déroge à la communauté légale. Mais cela ne répond pas à la critique que l'on fait du système de la loi. Puisqu'elle établissait un régime de droit commun, pourquoi ne l'a-t-elle pas organisé de manière à maintenir entre les époux l'égalité proportionnelle qui devrait exister entre associés? Il est certain que la plupart des contrats de mariage stipulent la communauté d'acquêts; tant il est vrai que le régime de droit commun a cessé de répondre à nos besoins et à nos intérêts.

397. Les dettes contractées pendant le mariage soit par le mari, soit par la femme autorisée du mari, entrent dans le passif de la communauté. Ces dettes ont diverses causes. Nous ne dirons qu'un mot de celles que le mari,

ou la femme en son nom, contracte pour les besoins du mariage, pour l'entretien et l'éducation des enfants. Ces dettes se payent sur les revenus; or, la communauté jouit de tous les revenus des époux, il est donc juste qu'elle soit tenue des charges qui pèsent sur les revenus. Il y a d'autres dettes que la loi met à la charge de la communauté ou des époux, suivant que la communauté ou les époux profitent de l'actif auquel ces dettes sont attachées : ce sont les dettes des successions qui échoient aux époux pendant le mariage. La loi ne suit pas en cette matière le principe traditionnel que les dettes mobilières grèvent l'actif mobilier, tandis que les dettes immobilières grèvent l'actif immobilier; elle ne distingue pas si les dettes des successions sont mobilières ou immobilières; toutes les dettes qui grèvent une succession tombent à charge de celui qui recueille les biens. Ici il est vrai de dire : *Là où va l'émolument, là va la charge.* La succession est-elle mobilière, elle entre en communauté avec les dettes qui la grèvent, mobilières ou immobilières. La succession est-elle immobilière, elle reste propre à l'époux héritier et il doit aussi supporter toutes les dettes, quand même elles seraient exclusivement mobilières, ce qui est la règle dans notre droit moderne. La succession est-elle partie immobilière, partie mobilière, la communauté est tenue des dettes, sans distinction de leur nature, dans la proportion de la valeur du mobilier qu'elle recueille, et l'époux héritier supporte les dettes, fussent-elles toutes mobilières, à raison de la valeur des immeubles qui lui appartiennent dans l'hérédité. Voilà l'égalité proportionnelle, au moins en ce qui concerne le principe de la répartition des dettes. C'est le vrai principe (1).

La loi suit donc des principes différents pour les dettes présentes et pour les dettes attachées aux successions. Pour les premières, elle maintient la distinction traditionnelle des dettes mobilières et des dettes immobilières. Pour les secondes, elle rejette cette distinction et s'en

(1) Duranton, t. XIV, p. 281, n° 213. Marcadé, t. V, p. 504, n° I de l'article 1410. Colmet de Santerre, t. VI, p. 105, n° 41 *bis* XI, et p. 121, n° 51 *bis* I.

tient à la maxime d'équité d'après laquelle celui qui a l'émolument doit supporter la charge.

398. Quand on dit qu'une dette tombe dans le passif de la communauté, cela signifie que le créancier a action contre la communauté sur les biens qui la composent, ainsi que sur les biens du mari, puisque toute dette de la communauté est une dette du mari. En ce sens, les dettes qui entrent dans le passif de la communauté sont des dettes communes, et à ce titre elles se partagent entre les époux à la dissolution de la communauté. C'est ce que le code exprime en disant que la communauté est *tenue* des dettes qui y entrent (art. 1410); elle est obligée de payer sur la poursuite du créancier. Est-ce à dire que la communauté doive supporter toutes les dettes qui tombent dans le passif? Non; il y a des dettes que la communauté est *tenue* de payer, mais quand elle les a payées, elle a une récompense contre l'époux dans l'intérêt personnel duquel elles ont été contractées. Ainsi aux termes de l'article 1409, n° 1, la communauté se compose passivement de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage, sauf la *récompense* pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. Si donc l'un des époux était débiteur de 10,000 francs, prix d'un immeuble qu'il avait acheté avant son mariage, la communauté est tenue de payer cette somme, puisque c'est une dette mobilière antérieure au mariage, mais si elle la paye, elle aura une récompense de 10,000 francs contre l'époux, parce que cette dette a été contractée dans son intérêt exclusif. L'immeuble restant propre à l'époux, il est juste qu'il en paye le prix; si la communauté devait supporter la dette, l'époux s'enrichirait à ses dépens, puisqu'il se créerait des propres avec les deniers communs, ce qui est contraire à un principe fondamental du régime de communauté; l'époux qui retire un profit personnel des biens de la communauté lui en doit récompense (art. 1437).

Ainsi toutes les dettes qui entrent dans le passif de la communauté ne tombent pas à sa charge. Il faut distinguer les rapports de la communauté avec les créanciers

ou la femme en son nom, contracte pour les besoins du mariage, pour l'entretien et l'éducation des enfants. Ces dettes se payent sur les revenus; or, la communauté jouit de tous les revenus des époux, il est donc juste qu'elle soit tenue des charges qui pèsent sur les revenus. Il y a d'autres dettes que la loi met à la charge de la communauté ou des époux, suivant que la communauté ou les époux profitent de l'actif auquel ces dettes sont attachées : ce sont les dettes des successions qui échoient aux époux pendant le mariage. La loi ne suit pas en cette matière le principe traditionnel que les dettes mobilières grèvent l'actif mobilier, tandis que les dettes immobilières grèvent l'actif immobilier; elle ne distingue pas si les dettes des successions sont mobilières ou immobilières; toutes les dettes qui grèvent une succession tombent à charge de celui qui recueille les biens. Ici il est vrai de dire : Là où va l'émolument, là va la charge. La succession est-elle mobilière, elle entre en communauté avec les dettes qui la grèvent, mobilières ou immobilières. La succession est-elle immobilière, elle reste propre à l'époux héritier et il doit aussi supporter toutes les dettes, quand même elles seraient exclusivement mobilières, ce qui est la règle dans notre droit moderne. La succession est-elle partie immobilière, partie mobilière, la communauté est tenue des dettes, sans distinction de leur nature, dans la proportion de la valeur du mobilier qu'elle recueille, et l'époux héritier supporte les dettes, fussent-elles toutes mobilières, à raison de la valeur des immeubles qui lui appartiennent dans l'hérédité. Voilà l'égalité proportionnelle, au moins en ce qui concerne le principe de la répartition des dettes. C'est le vrai principe (1).

La loi suit donc des principes différents pour les dettes présentes et pour les dettes attachées aux successions. Pour les premières, elle maintient la distinction traditionnelle des dettes mobilières et des dettes immobilières. Pour les secondes, elle rejette cette distinction et s'en

(1) Duranton, t. XIV, p. 281. n° 213. Marcadé, t. V, p. 504, n° I de l'article 1410. Colmet de Santerre, t. VI, p. 105, n° 41 *bis* XI, et p. 121, n° 51 *bis* I.

tient à la maxime d'équité d'après laquelle celui qui a l'émolument doit supporter la charge.

398. Quand on dit qu'une dette tombe dans le passif de la communauté, cela signifie que le créancier a action contre la communauté sur les biens qui la composent, ainsi que sur les biens du mari, puisque toute dette de la communauté est une dette du mari. En ce sens, les dettes qui entrent dans le passif de la communauté sont des dettes communes, et à ce titre elles se partagent entre les époux à la dissolution de la communauté. C'est ce que le code exprime en disant que la communauté est *tenue* des dettes qui y entrent (art. 1410); elle est obligée de payer sur la poursuite du créancier. Est-ce à dire que la communauté doive supporter toutes les dettes qui tombent dans le passif? Non; il y a des dettes que la communauté est *tenue* de payer, mais quand elle les a payées, elle a une récompense contre l'époux dans l'intérêt personnel duquel elles ont été contractées. Ainsi aux termes de l'article 1409, n° 1, la communauté se compose passivement de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage, sauf la *récompense* pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. Si donc l'un des époux était débiteur de 10,000 francs, prix d'un immeuble qu'il avait acheté avant son mariage, la communauté est tenue de payer cette somme, puisque c'est une dette mobilière antérieure au mariage, mais si elle la paye, elle aura une récompense de 10,000 francs contre l'époux, parce que cette dette a été contractée dans son intérêt exclusif. L'immeuble restant propre à l'époux, il est juste qu'il en paye le prix; si la communauté devait supporter la dette, l'époux s'enrichirait à ses dépens, puisqu'il se créerait des propres avec les deniers communs, ce qui est contraire à un principe fondamental du régime de communauté; l'époux qui retire un profit personnel des biens de la communauté lui en doit récompense (art. 1437).

Ainsi toutes les dettes qui entrent dans le passif de la communauté ne tombent pas à sa charge. Il faut distinguer les rapports de la communauté avec les créanciers

invoquées par les tiers, comme on peut les leur opposer en ce qui concerne les droits des époux. Nous allons voir que généralement les créanciers en profitent.

Les dettes du mari sont, en général, dettes de communauté; les créanciers ont, en ce cas, une garantie de plus pour leur payement; ils peuvent poursuivre le mari sur ses biens personnels et ils ont, en outre, action sur les biens de la communauté, qui proviennent en partie de la femme; ainsi leur débiteur, en se mariant sous le régime de communauté, ne soustrait point une partie de ses biens à l'action de ses créanciers; les biens qu'il met en commun restent leur gage, ils sont toujours dans son patrimoine, puisqu'il est seigneur et maître de la communauté. Quant aux dettes qu'il contracte pendant le mariage, il en est tenu personnellement et, par suite, sur ses biens et sur ceux de la communauté, car toute dette du mari est une dette de communauté. La communauté donne donc aux créanciers du mari une garantie de plus, et c'est là un de ses avantages; le crédit du mari est augmenté, ce qui est un élément de succès pour ses entreprises agricoles, commerciales ou industrielles.

Quant à la femme, ses créanciers semblent, en apparence, perdre au régime de communauté en ce qui concerne les dettes antérieures au mariage. Ils conservent la femme pour débitrice, car la femme, pas plus que le mari, ne peut s'affranchir de ses obligations en se mariant sous n'importe quel régime; mais la femme met en communauté son mobilier et l'usufruit de ses immeubles; il ne lui reste que la nue propriété de ses biens : peut-elle priver ses créanciers d'une partie de leur gage sans l'aliéner, car, dans notre opinion, la femme n'aliène pas les biens qu'elle met en communauté? Non, aussi les créanciers conservent-ils leur action sur le mobilier de la femme et sur l'usufruit de ses immeubles; leurs dettes entrent en communauté, et ils trouvent dans les biens communs ceux de leur débitrice, plus ceux que le mari y a mis, et ils peuvent même poursuivre leur payement sur les biens propres du mari, de sorte qu'en définitive ils gagnent un nouveau débiteur. Ce principe reçoit cependant une exception re-

marquable. Si les dettes n'ont pas de date certaine antérieure au mariage, elles ne tombent pas en communauté; le créancier conserve son action contre la femme, mais seulement sur la nue propriété de ses biens propres; il perd donc le gage que lui offraient le mobilier et le revenu de ses propres (art. 1411). Nous dirons plus loin quelle est la raison de cette disposition; elle tient au pouvoir du mari sur les biens de la communauté.

Restent les dettes contractées par la femme pendant la durée du mariage; elle en est débitrice personnelle, et si elle a agi avec autorisation du mari, le créancier a de plus action sur les biens de la communauté et sur les biens personnels du mari, car la dette tombe en communauté, et toute dette de communauté est une dette du mari (art. 1419). Si la femme s'oblige avec autorisation de justice, le créancier n'aura d'action que contre elle, et seulement sur la nue propriété de ses propres, quoique la femme soit aussi copropriétaire des biens communs, mais elle n'a pas le droit de les obliger à cause du pouvoir qui appartient au mari sur ces biens, pouvoir qui absorbe et neutralise le droit de la femme comme associée (1).

§ II. *Des dettes mobilières des époux antérieures au mariage.*

N° 1. QUELLES DETTES SONT MOBILIÈRES.

400. Aux termes de l'article 1409, n° 1, la communauté se compose passivement de toutes les *dettes mobilières* dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage. Qu'entend-on par dettes mobilières? Pothier répond : « Une dette est mobilière lorsque la chose due est une chose mobilière. » Nous avons dit au second livre quelles sont les choses que la loi range parmi les meubles, et nous avons fait l'application de ces principes à la communauté en traitant de l'actif de la communauté. Il y a corrélation entre l'actif et le passif: les choses

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 30, n° 75. Colmet de Santerre, t. III, p. 98, n° 39 *bis* III.

contracte en vendant un immeuble à lui propre. Si cet immeuble ne lui appartient pas, il doit garantir l'acheteur de l'éviction que celui-ci éprouvera ; ces dommages-intérêts sont une dette mobilière ; la communauté les paye, sauf récompense, puisque la dette est relative à un immeuble, dans le sens de l'article 1409, n° 1. L'époux qui vend un propre profite seul du prix, le prix lui restant propre ; par contre, il doit être tenu personnellement des obligations qui résultent de la vente : personnellement, en ce sens que c'est lui qui doit supporter la dette (1).

404. La dette alternative d'une chose mobilière ou immobilière entre-t-elle en communauté? Nous avons dit, au titre des *Obligations* (t. XVII, n° 228), que la nature de la dette dépend du choix, soit du débiteur, soit du créancier. Ce principe s'applique au passif comme à l'actif (n° 229). Il n'y a aucun doute quand c'est le créancier de l'époux qui choisit la chose mobilière et que l'époux débiteur la paye. Mais si le choix appartient à l'époux débiteur qui fait ce choix, il en résultera que la communauté sera tenue de la dette, tandis qu'elle n'en serait pas tenue s'il avait choisi la chose immobilière. Ne faut-il pas dire que l'époux s'avantage par là et qu'il doit une récompense, de ce chef, à la communauté? Non, car ce serait le priver, en réalité, de son choix, c'est-à-dire d'un droit que lui assure la convention ; l'époux qui use d'un droit ne fait aucun tort à la communauté et ne lui doit, par conséquent, aucune indemnité.

Quand la dette est facultative et qu'elle a pour objet une chose mobilière avec faculté de payer un immeuble, elle est mobilière et tombe en communauté, alors même que l'époux débiteur payerait la chose immobilière ; et réciproquement la communauté ne serait pas tenue si la dette avait pour objet un meuble et que l'époux débiteur, usant de la faculté qui lui appartient, payât la chose immobilière : la communauté devrait, dans ce cas, une récompense à l'époux, tandis qu'elle aurait droit à une récompense dans la première hypothèse. C'est l'application

(1) Aubry et Rau, t. VI, p. 317 et note 5, § 508. Rodière et Pont, t. II, p. 29, n° 734.

des principes que nous avons établis au titre des *Obligations* et que nous avons déjà appliqués en traitant de l'actif de la communauté (n° 229) (1).

405. La dette d'un fait est mobilière ; nous l'avons dit en traitant de l'actif de la communauté (n° 221). Pothier en donne comme raison qu'elle se résout en dommages-intérêts faute par le débiteur de remplir son engagement. La raison n'est pas bonne; les dommages-intérêts ne forment pas l'objet de la dette, et la nature de la dette se détermine par l'objet. Nous renvoyons à ce qui a été dit au titre des *Obligations* (t. XVI, n° 188) et au chapitre de la *Division des biens*. La dette d'un fait ne peut jamais être immobilière, car le fait n'a pas pour objet la translation de la propriété d'un immeuble, alors même que le fait est relatif à un immeuble. Un architecte s'oblige à bâtir une maison : son obligation est-elle immobilière parce qu'elle consiste dans la prestation d'un immeuble? Non, car il ne transporte pas la propriété de l'immeuble au créancier; celui-ci devient propriétaire de la maison par droit d'accession, parce qu'il est propriétaire du sol; donc la dette n'est pas immobilière (2).

L'obligation du vendeur d'un immeuble d'en faire la délivrance est, à notre avis, mobilière. Nous reviendrons sur ce point en traitant des dettes qui n'entrent pas en communauté. Tout le monde admet que les obligations accessoires qui découlent de la délivrance tombent en communauté : tels sont les dommages-intérêts que le vendeur doit payer pour cause de retard, ou pour avoir perçu les fruits, ou pour avoir dégradé la chose; les dommages-intérêts sont par eux-mêmes une dette mobilière; dans l'espèce, ils le sont encore parce qu'ils dérivent de l'inexécution d'une dette mobilière (3). Il en est de même de l'obligation de garantie; elle ne consiste pas à transférer la propriété d'un immeuble, elle a pour objet de défendre

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 26, nos 730 et 731.
(2) Comparez Pothier, *De la communauté*, n° 235, et Troplong, t. I, p. 243, n° 711, lequel donne aussi une raison qui ne nous paraît pas bonne.
(3) Pothier, *De la communauté*, n° 241. Aubry et Rau, t. V, p. 318, note 8.

l'acheteur contre l'éviction, partant elle est mobilière (1).
On a toujours considéré comme mobilières les obligations résultant du bail d'un immeuble, soit pour le bailleur, soit pour le preneur, car elles consistent à faire et n'ont pas pour objet la translation d'un droit réel immobilier. Dans la théorie de Troplong, il faudrait dire que ces obligations sont immobilières, puisqu'elles se rapportent à la translation d'un droit réel immobilier. Nous reviendrons sur cette théorie au titre du *Louage*.

N° 2. QUELLES DETTES MOBILIÈRES ENTRENT DANS LE PASSIF.

406. L'article 1409 dit que « la communauté se compose passivement de *toutes* les dettes mobilières dont les époux étaient *grevés* au jour de la célébration de leur mariage. » Quel est le sens de ce mot *grevés?* Pothier se sert d'une expression plus claire et plus exacte ; il dit que la communauté est chargée de toutes les dettes mobilières dont chacun des époux était *débiteur* au temps du mariage, ce qui implique un lien personnel d'obligation ; un époux peut être *grevé* d'une dette sans en être tenu personnellement ; son immeuble est hypothéqué pour la dette d'un tiers : l'époux n'est pas, en ce cas, débiteur personnel, c'est la chose qui est *grevée*, ce n'est pas la personne qui est débitrice. Cette dette entre-t-elle en communauté? Non; car le créancier n'a pas le droit de poursuivre la communauté, son action est dirigée contre l'immeuble et la communauté n'est pas propriétaire ; c'est l'époux qui reste propriétaire, c'est lui qui est exproprié par l'action hypothécaire. Si donc la communauté payait la dette afin d'éviter l'expropriation, elle aurait une récompense contre l'époux. Vainement dirait-on que, d'après l'article 2168, (loi hyp., art. 98), le détenteur de l'immeuble est *tenu* de délaisser l'immeuble ou de payer la dette pour laquelle l'immeuble est hypothéqué. Nous dirons, au titre des *Hypothèques*, que cette expression est inexacte. Le tiers détenteur n'est *tenu* qu'à une chose, à se laisser expro-

(1) Duranton, t. XIV, p. 295, n° 225, et tous les auteurs.

prier ; payer est pour lui un droit, s'il use de cette faculté, c'est pour conserver l'immeuble; donc le payement se fait dans l'intérêt exclusif de l'époux propriétaire; c'est une des causes pour lesquelles il doit récompense, aux termes de l'article 1437. Cela est admis par tout le monde, seulement il faut se garder d'appeler ces dettes des dettes immobilières, comme le fait Troplong : la dette, quoique garantie par une hypothèque, est mobilière, et l'action hypothécaire tend à une chose mobilière, au payement d'une somme d'argent (1).

407. L'article 1409 met à charge de la communauté toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés *au jour de la célébration de leur mariage*. On suppose que les époux fassent un contrat devant notaire, et qu'après la rédaction de l'acte et avant la célébration du mariage, ils contractent une dette : cette dette entrera-t-elle dans le passif de la communauté? Dans l'ancien droit, Lebrun soutenait la négative, et cette opinion est suivie, sous l'empire du code, par Delvincourt et Battur. C'est une de ces controverses qu'il faudrait bannir de notre science, parce que le texte du code les décide. Nous venons de transcrire l'article 1409; la loi fait entrer en communauté *toutes* les dettes mobilières des époux, dont ils sont grevés *au jour de la célébration de leur mariage*. Il faudrait une exception à cette règle absolue pour que les dettes contractées après le contrat notarié et avant la célébration du mariage fussent exclues de la communauté; la loi n'excepte pas ces dettes de la règle, donc elles y restent comprises. Invoquera-t-on, par voie d'analogie, la disposition de l'article 1404 qui met dans l'actif de la communauté les immeubles acquis dans l'intervalle qui sépare le contrat de mariage et la célébration de l'union conjugale? Nous répondrons que l'analogie fait défaut. L'article 1404 est une conséquence de l'immutabilité des conventions matrimoniales ; il n'y peut être apporté de changement avant la célébration du mariage que sous les conditions

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 233. Duranton, t. XIV, p. 290, n° 220. Rodière et Pont, t. II, p. 28, n° 733. Troplong, t. I, p. 243, n° 715.

prescrites par les articles 1396 et 1397. Ces principes n'ont rien de commun avec les dettes que les époux contractent depuis le contrat de mariage ; ces dettes ne dérogent pas aux conventions matrimoniales, car parmi ces conventions se trouve précisément l'article 1409, qui fait entrer dans la communauté toutes les dettes que les époux contracteront jusqu'à la célébration du mariage (1).

408. L'article 1409, après avoir établi la règle, y apporte une restriction : toutes les dettes mobilières des époux antérieures au mariage tombent dans le passif de la communauté, « sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. » Il faut donc distinguer ; il y a des dettes mobilières, antérieures au mariage, que la communauté doit payer et qu'elle supporte aussi, en ce sens qu'elle n'a pas droit à une récompense de ce chef. Il y en a d'autres qu'elle paye, sauf récompense. Le payement des dettes mobilières contractées par les époux avant leur mariage est toujours à la charge de la communauté, mais elle a droit à une récompense pour celles qui sont relatives aux immeubles propres des époux ; de là la distinction entre le payement des dettes et la contribution.

N° 3. DU PAYEMENT DES DETTES.

409. La communauté doit payer toutes les dettes mobilières dont les époux étaient débiteurs lors de la célébration du mariage. Faut-il que le créancier prouve que la dette dont il réclame le payement contre la communauté a été contractée avant la célébration de l'union conjugale? Le code distingue. Quand il s'agit des dettes du mari, la loi n'exige aucune preuve ; tandis qu'elle dispose que la communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme que si l'antériorité en est

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 14, n° 714. Aubry et Rau, t. V, p. 321, note 23, § 508.

prouvée d'après le droit commun (art. 1410). Quelle est la raison de cette distinction? Si la communauté était une personne civile, on pourrait dire que les dettes des époux n'ont date certaine à son égard que dans les cas prévus par l'article 1328; mais, dans notre opinion, la communauté n'est pas autre chose que les deux époux considérés comme associés; la communauté n'est donc pas un tiers. Si le créancier d'une dette consentie par la femme doit prouver qu'elle est antérieure au mariage, c'est à raison du pouvoir que le mari a sur la communauté. Il en est seigneur et maître; la femme ne peut pas l'obliger, à moins qu'elle n'agisse avec l'autorisation du mari; or, si les dettes contractées avant le mariage étaient tombées à charge de la communauté sans avoir date certaine, la femme aurait pu obliger la communauté sans autorisation, en antidatant les actes. C'est pour prévenir cette fraude aux droits du mari que la loi exige la preuve de l'antériorité pour que la dette tombe dans le passif de la communauté. La disposition de l'article 1410 étant fondée sur la dépendance de la femme et sur le pouvoir absolu du mari, il va sans dire qu'elle ne reçoit pas d'application aux dettes du mari; la femme ne peut pas demander qu'une dette du mari reste à sa charge personnelle, comme n'ayant pas de date certaine antérieure au mariage, car le mari a le pouvoir illimité d'obliger la communauté par les obligations qu'il contracte; si donc la dette du mari a réellement été contractée avant le mariage, elle tombe dans le passif de la communauté en vertu de la règle de l'article 1409; et si elle a été contractée pendant le mariage, elle y tombe en vertu du principe que toute dette du mari est une dette de communauté (1).

410. Comment le créancier prouvera-t-il que la dette de la femme, qu'il poursuit contre la communauté, est antérieure au mariage? L'article 1410 répond à la question, mais il y répond d'une manière incomplète : « La communauté n'est tenue des dettes mobilières contractées avant le mariage par la femme qu'autant qu'elles résul-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 117, n° 48 *bis* I et II.

tent d'un acte authentique antérieur au mariage, ou ayant reçu avant la même époque une date certaine, soit par l'enregistrement, soit par le décès d'un ou de plusieurs signataires dudit acte. » On voit que la loi applique aux relations des créanciers avec la communauté le principe de l'article 1328, en considérant la communauté comme un tiers. Mais l'article 1410 ne reproduit pas tout l'article 1328 : l'acte sous seing privé a date certaine dans les trois cas prévus par l'article 1328; l'article 1410 ne reproduit pas le troisième. L'acte sous seing privé acquiert date certaine du jour où sa substance est constatée dans des actes dressés par des officiers publics, tels que procès-verbaux de scellé ou d'inventaire. De ce que l'article 1410 ne mentionne pas ce cas, faut-il conclure que la dette d'un créancier de la femme n'aurait pas date certaine si la substance du contrat avait été constatée par un acte public? Non, certes. L'omission de l'article 1410 est indifférente; ce n'est pas l'article 1410, c'est l'article 1328 qui détermine dans quels cas un acte sous seing privé acquiert date certaine; l'article 1410 n'est qu'une disposition de relation, il se réfère à l'article 1328, il n'y déroge pas; il n'y avait pas l'ombre d'un motif pour y déroger. D'ailleurs, abstraction faite de l'article 1328 et de l'article 1410, l'acte a date certaine dès que la date est constatée authentiquement; or, elle l'est quand l'acte est relaté dans un écrit dressé par un officier public (1).

411. Y a-t-il d'autres cas dans lesquels l'acte sous seing privé acquiert date certaine? Pothier était d'avis qu'il fallait avoir égard aux circonstances. C'était l'opinion commune dans l'ancien droit (2). La cour de Grenoble a jugé dans le même sens (3). C'est une erreur, à notre avis. L'article 1328, auquel l'article 1410 renvoie implicitement, est restrictif, comme nous l'avons établi au titre des *Obligations* (t. XIX, n° 286). On ne peut pas se prévaloir de l'ancien droit, parce qu'en ce point le code y a dérogé.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 319 et note 15, § 508, et tous les auteurs.
(2) Pothier, *De la communauté*, n° 259. Ferrière, *Sur la coutume de Paris*, article 221, glose unique, § 1er, n° 6.
(3) Grenoble, 13 mai 1831 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 3421).

Cela est décisif. Il y a cependant des auteurs qui s'en tiennent à la tradition. Troplong approuve l'arrêt de Grenoble : « J'aime en tout la vérité, dit-il, et je préfère le fait vrai à une vérité de convention (1). » Rien de mieux tant que la loi n'a point parlé. Mais quand le législateur a parlé, l'interprète doit s'attacher à la loi : il doit l'aimer plus encore que la vérité, car la vérité c'est la théorie, et la théorie doit céder à la loi positive (2).

412. L'article 1410 est encore incomplet ou inexact sous un autre rapport. Il décide en termes absolus que la communauté n'est tenue des dettes de la femme que si leur antériorité est constatée par des *actes* ayant date certaine. Cela implique que la date certaine ne peut résulter que d'actes soit authentiques, soit sous seing privé. Ainsi entendu, l'article 1410 serait contraire aux principes qui régissent la preuve. Or, nous le répétons, le législateur n'a pu avoir la pensée de déroger aux règles qu'il établit sur la preuve, puisqu'il n'y avait aucun motif d'y déroger. On reste donc sous l'empire du droit commun. Or, d'après le droit commun, l'existence et, par conséquent, la date des dettes s'établit par témoins quand la somme ou valeur due n'excède pas 150 francs. La preuve testimoniale est encore admissible quand le créancier a un commencement de preuve par écrit et dans les cas où il ne lui a pas été possible de se procurer une preuve littérale (art. 1341, 1347 et 1348) ; or, quand un écrit n'est pas nécessaire pour prouver la dette, il va de soi qu'il ne peut pas s'agir de la date certaine de l'acte qui la constate, puisqu'il n'y a pas d'acte (3). Il en est de même, et pour identité de motifs, des dettes commerciales : elles ne sont pas soumises aux règles du droit civil en ce qui concerne la preuve; pouvant être établies par témoins, la date aussi sera établie par la preuve testimoniale (4).

413. Quand la dette de la femme a date certaine, elle

(1) Troplong, t. I, p. 253, n° 773. Comparez Bugnet sur Pothier, t. VII, p. 165.
(2) C'est l'opinion assez générale (Aubry et Rau, t. V, p. 319, note 15).
(3) Aubry et Rau, t. V, p. 320, notes 20-22, et les auteurs qu'ils citent.
(4) Angers, 2 avril 1851 (Dalloz, 1851, 2, 53). Jugement du tribunal de commerce de Bruxelles, 20 avril 1872 (*Pasicrisie*, 1872, 3, 330).

tombe dans le passif de la communauté; par conséquent le créancier a action contre la communauté et contre le mari sur ses biens personnels, et il conserve son action contre la femme, débitrice personnelle. Si la dette de la femme n'a pas de date certaine, elle n'entre pas en communauté, le créancier ne pourra donc poursuivre ni la communauté ni le mari. Il peut agir contre la femme, mais sur quels biens? L'article 1410 répond que le créancier ne peut poursuivre la femme que sur la nue propriété de ses immeubles personnels. Il a action contre elle, sauf à la femme à lui opposer la nullité de l'obligation en prouvant qu'elle a été contractée pendant le mariage; elle est nulle, dans ce cas, pour défaut d'autorisation maritale. Nous disons que la femme doit prouver qu'elle s'est obligée pendant le mariage; la loi n'établit aucune présomption à cet égard, puisqu'elle donne action au créancier contre la femme, ce qui suppose que la convention n'est pas présumée nulle. Il est vrai que la loi ne donne pas action au créancier contre la communauté, mais c'est uniquement pour éviter que la femme n'oblige la communauté sans autorisation maritale. Du reste, les parties restent sous l'empire du droit commun; c'est à la femme de prouver le fondement de l'exception de nullité qu'elle oppose au créancier. Le mari peut aussi demander la nullité de l'obligation comme ayant été consentie sans son autorisation: c'est le droit commun.

Sur quels biens le créancier peut-il poursuivre la femme? Sur la nue propriété de ses immeubles personnels, dit l'article 1410. Il ne peut pas la poursuivre sur son mobilier, parce que le mobilier est entré en communauté et la femme n'a point le droit d'obliger la communauté. Par identité de raison, le créancier ne peut pas saisir les fruits des immeubles propres; ils appartiennent à la communauté, c'est-à-dire au mari, en ce sens que lui seul a le droit d'en disposer; la femme n'y a aucun droit pendant la durée de la communauté.

On a dit qu'il résulte de là une singulière conséquence, c'est que la femme peut obliger la nue propriété de ses biens par des dettes qu'elle contracte sans autorisation

maritale (1). Cela n'est pas exact en droit. En effet, si le créancier poursuit l'expropriation des biens de la femme, le mari peut intervenir et demander la nullité de l'obligation consentie par la femme sans y être autorisée, et la nullité sera prononcée par le tribunal, de sorte que le créancier sera sans action aucune. En fait, il peut arriver que le créancier exproprie la nue propriété des biens de la femme pour des obligations qu'elle a contractées pendant le mariage; mais il faut pour cela que la femme ne se prévale pas de son incapacité, et il faut que le mari reste inactif.

411. Quand un créancier de la femme poursuit le mari, celui-ci peut répondre à l'action par une fin de non-recevoir si la dette n'a point de date certaine. Mais il se peut qu'il n'oppose pas cette exception et qu'il paye. Quel sera l'effet du payement? L'article 1410 répond : « Le mari qui prétendrait avoir payé pour sa femme une dette de cette nature n'en peut demander la récompense ni à sa femme ni à ses héritiers. » On conçoit que le mari qui paye une dette de la femme n'ayant pas de date certaine antérieure au mariage ne puisse réclamer aucune récompense au nom de la communauté; en payant volontairement cette dette, il reconnaît qu'elle est antérieure au mariage, ce qui peut arriver très-souvent; dans ce cas, il est juste que la communauté la paye sans indemnité, en supposant qu'il s'agit d'une dette que la communauté doit supporter sans récompense. C'est peut-être en ce sens que la loi dit que le mari qui *prétendrait* avoir payé pour sa femme une dette antérieure au mariage, mais n'ayant pas de date certaine de cette antériorité, n'en peut réclamer la récompense. Cela veut dire que le mari qui a payé ne peut pas prétendre que la dette a été contractée pendant le mariage et qu'elle a été antidatée, d'où suivrait qu'il a payé une dette que la communauté ne devait pas supporter. Il ne peut pas *prétendre* cela, parce que son fait est en opposition avec sa prétention. Si réellement la dette était antidatée son devoir était de ne pas payer; en payant,

(1) Mourlon, *Répétitions*, t. III, p. 32, note. Comparez Marcadé, t. V, p. 500.

il témoigne qu'il n'y a pas antidate; dans cette supposition, il paye une dette antérieure, et partant il n'a pas de récompense à réclamer. A plus forte raison le mari ne pourrait-il pas demander de récompense s'il avouait que la dette est antérieure au mariage; le payement est un aveu tacite, et l'aveu exprès doit avoir, pour le moins, le même effet. Nous disons pour le moins, car le payement n'est qu'une probabilité; le mari, en payant, peut avoir eu une autre intention que celle que la loi lui suppose; celle, par exemple, d'éviter l'expropriation des immeubles propres de la femme, tandis que l'aveu exprès ne laisse aucun doute sur l'intention du mari; il ne peut plus revenir sur cet aveu, car tout aveu est irrévocable et fait pleine foi contre celui qui l'a fait (art. 1351). La cour de cassation l'a jugé ainsi (1); elle n'invoque pas l'aveu du mari, elle dit qu'il peut renoncer à l'exception que l'article 1410 lui accorde contre l'action du créancier. Mais cette renonciation n'est autre chose qu'un aveu; c'est, en définitive, parce que le mari reconnaît l'antériorité de la dette qu'il la paye.

415. Le mari peut-il se réserver un recours contre la femme, tout en payant une dette qui n'a pas date certaine? On admet généralement l'affirmative, et avec raison. En principe, et si l'on fait abstraction des termes de l'article 1410, cela n'est pas même douteux. Le mari n'est pas tenu de payer, mais tout tiers est libre de payer pour le débiteur, et s'il paye, il a un recours par l'action de gestion d'affaires ou par celle *de in rem verso*. Le mari peut donc déclarer qu'il paye, non comme chef de la communauté, mais comme tiers agissant au nom et dans l'intérêt de la femme. On oppose l'article 1410 qui, dit-on, refuse toute indemnité au mari en termes absolus. Oui, si le mari a payé comme tel, non s'il a payé comme gérant d'affaires. Le mari, en faisant des réserves expresses, peut dire que, s'il paye, ce n'est point qu'il reconnaisse que la dette est antérieure au mariage, mais uniquement pour éviter l'ex-

(1) Rejet, 9 décembre 1856 (Dalloz, 1856, 1, 452). Rodière et Pont, t. II p. 13, n° 712.

propriation des biens de la femme, sauf son recours contre elle. L'article 1410 n'est pas contraire; il suppose que le mari a payé sans réserve aucune; or, le mari étant poursuivi en qualité de chef de la communauté, c'est aussi en cette qualité qu'il paye, et payant sans explication ni réserve, le payement implique un aveu de l'authenticité de la dette; dès lors il ne peut revenir sur son propre fait (1).

416. Il y a encore un cas dans lequel le mari peut réclamer une indemnité d'après le droit commun; c'est quand la dette de la femme a été contractée dans l'intérêt de ses propres; c'est elle qui doit la supporter, quand même le mari ferait l'aveu exprès que la dette est antérieure à la célébration du mariage; or, l'aveu tacite qui résulte du payement ne peut pas avoir plus d'effet que la reconnaissance formelle. On ne peut pas opposer l'article 1410, car la loi ne prévoit pas ce cas qui rentre dans la règle générale de l'article 1409, concernant les récompenses. Cela n'est pas douteux (2).

417. L'application de l'article 1410 a donné lieu à une difficulté. On suppose que la femme commune en biens s'est réservé le droit de toucher, sur ses seules quittances, une certaine somme pour son entretien personnel. Un créancier dont le titre n'a pas date certaine antérieure au mariage peut-il saisir cette somme? Non, et sans doute aucun. Le créancier n'a aucune action sur les biens de la communauté; or, la somme que la femme s'est réservé le droit de toucher fait partie de l'actif, seulement au lieu d'être touchée par le mari, elle est touchée par la femme; donc elle ne peut être saisie par le créancier. On a objecté que le créancier peut exercer tous les droits de son débiteur; la femme pouvant disposer de cette somme, ses créanciers, dit-on, doivent avoir le droit de la saisir. La cour de cassation répond que les créanciers de la femme ne peuvent pas faire ce que la femme elle-même ne pourrait pas faire. Que résulterait-il de la saisie? C'est que l'entretien de la femme retomberait sur la communauté;

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 320, note 27, § 508, et les auteurs qu'ils citent. En sens contraire, Troplong, t. I, p. 254, n° 783.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 49, n° 50 *bis*.

or, la femme ne peut pas mettre son entretien à charge de la communauté, et ses créanciers n'ont pas plus de droit qu'elle-même. En définitive, les créanciers ne peuvent pas former contre la femme une action qui indirectement serait dirigée contre la communauté (1).

N° 4. DE LA CONTRIBUTION.

418. L'article 1409, après avoir dit que la communauté se compose passivement de toutes les dettes mobilières dont les époux étaient grevés au jour de la célébration de leur mariage, ajoute : « Sauf la récompense pour celles relatives aux immeubles propres à l'un ou à l'autre des époux. » Dire que la communauté a droit à une récompense, c'est dire qu'elle doit, à la vérité, payer ces dettes sur la poursuite du créancier, mais qu'elle aura un recours contre l'époux dans l'intérêt duquel la dette a été contractée. Le droit à la récompense est une conséquence du principe consacré par l'article 1437 : « Toutes les fois que l'un des époux a tiré un profit personnel des biens de la communauté, il en doit la récompense. » Or, c'est tirer un profit personnel des biens communs quand une dette contractée pour l'acquisition d'un immeuble qui reste propre à l'époux est payée par la communauté; donc l'époux acquéreur et débiteur du prix en doit récompense. Le principe est fondé sur la nature même de la société que les époux ont formée en se mariant sous le régime de communauté; ils ont mis en commun une partie de leur patrimoine pour servir à leurs intérêts communs; ces biens communs ne doivent donc être employés que dans un intérêt social. A côté de ces intérêts communs, chaque époux a des intérêts à lui particuliers qui tiennent au patrimoine qui lui est propre; les époux ne peuvent pas faire tourner à leur profit personnel les biens qui forment le patrimoine de la communauté, cela serait contraire au but de la société qui existe entre eux; on détournerait par là de leur destination des biens qui ne doivent servir qu'à des intérêts communs.

(1) Cassation, 9 août 1820 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 915).

Le principe des récompenses, fondé sur l'équité, a été attaqué au nom de l'équité dans le cas prévu par l'article 1409. Il en résulte que si l'un des époux achète avant son mariage un immeuble pour 10,000 francs, la dette de ce prix n'est pas à charge de la communauté. Si cet époux, par contre, vendait avant son mariage un de ses biens pour 10,000 francs, la créance du prix entrerait en communauté. Cela n'est pas juste, dit-on; il faut que cette créance aussi reste propre à l'époux; ou, si on la fait entrer dans l'actif de la communauté, il faut aussi faire entrer dans le passif la dette du prix que l'époux doit pour l'acquisition d'un immeuble. La question était déjà agitée dans l'ancien droit. Lebrun soutenait que la créance du prix devait rester propre à l'époux, de même que la dette du prix lui restait propre. L'opinion contraire de Pothier l'a emporté. Quand l'un des époux vend un bien pour 10,000 francs, cette créance fait partie de son actif mobilier; or, tout le mobilier entre en communauté sans que l'on prenne en considération l'origine et la cause des créances. Si l'époux achète un immeuble, la dette du prix fait aussi partie de son passif mobilier, et à ce titre elle devrait entrer dans le passif de la communauté. Ferrière avouait qu'en droit strict la dette du prix devrait être à la charge de la communauté, comme toutes les autres dettes mobilières. Mais, disait Pothier, cela serait dur. Il y a une différence entre la dette du prix et les autres dettes; la dette du prix représente l'immeuble qui reste propre à l'époux; si elle tombait à charge de la communauté, l'époux se créerait des propres aux dépens de son conjoint, au moins pour moitié, et même pour le tout si la femme était acquéreur et si elle renonçait. Un pareil résultat serait inique et il prêterait à la fraude; l'un des futurs époux pourrait spéculer aux dépens de la communauté en achetant des immeubles dont le prix serait ensuite payé par la communauté. L'équité est donc, en définitive, pour l'opinion de Pothier que le code a consacrée (1).

(1) Comparez, en sens divers, Duranton, t. XIV, p. 286, n° 218; Odier, t. I, p. 159, n° 163; Troplong, t. I, p. 242, n° 709.

419. Qu'entend-on par *dettes relatives aux immeubles propres des époux?* L'expression est un peu vague, elle est expliquée par l'article 1437 dont l'article 1409 est une conséquence. C'est l'article 1437 qui établit le principe des récompenses, et il donne des exemples qui se rapportent au cas prévu par l'article 1409. L'époux a acheté un immeuble avant son mariage, il est débiteur du prix ou de partie du prix; la communauté doit le payer, sauf récompense. Dans ce cas, le motif est palpable et il explique la portée du principe. Si la communauté paye 10,000 francs, cette somme est représentée dans le patrimoine de l'époux débiteur par une valeur immobilière de 10,000 francs, donc le patrimoine de l'époux s'est enrichi de cette valeur, et il s'en est enrichi aux dépens de la communauté: voilà le cas de la récompense. Elle suppose donc que la dette acquittée par la communauté a profité à l'époux, en ce sens que son patrimoine s'en est accru. Il en est de même si la dette avait pour objet des travaux faits sur l'immeuble, travaux de conservation ou d'amélioration; la communauté doit payer cette dette, mais elle a une récompense, parce que cette dette représente une valeur immobilière propre à l'époux, une augmentation de son patrimoine. Il faut donc que la dette représente une valeur immobilière propre à l'époux pour qu'il y ait lieu à récompense. De là suit qu'il n'y a pas lieu à récompense si la dette, quoique relative à un propre immobilier, ne représente pas une augmentation du patrimoine immobilier. L'époux doit 1,000 francs pour frais de culture et de semences. C'est une dette mobilière que la communauté doit payer; elle est relative à un immeuble propre; l'époux devra-t-il une récompense de ce chef? Non, car son patrimoine immobilier n'en a pas profité; ces dépenses ont été faites pour procurer à l'époux des fruits, c'est-à-dire des valeurs mobilières qui tomberaient en communauté si elles existaient encore lors de la célébration du mariage: preuve certaine que le patrimoine propre de l'époux n'en retire aucun profit; donc il n'y a pas lieu à récompense (1).

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 105, n° 41 *bis* IX.

Il a été jugé que la soulte en argent que la femme doit payer à raison des immeubles qu'elle a eus pour sa part dans une première communauté doit être payée par la seconde communauté, mais que celle-ci a droit à une récompense. En effet, si elle débourse 10,000 francs du chef de la soulte, cette somme représente une valeur immobilière équivalente, dont le patrimoine propre de la femme s'enrichit aux dépens de la communauté, donc elle lui doit récompense (1). Il en serait de même si la soulte était due pour échange ; il y a identité de motifs.

420. Pothier, à qui les auteurs du code ont emprunté le principe des récompenses dans le cas prévu par l'article 1409, y apporte une exception ou une condition. Il faut, dit-il, pour que l'époux doive récompense du prix de l'immeuble qu'il a acheté avant de se marier, qu'il soit encore possesseur de l'immeuble lors de la célébration de son mariage ; s'il avait revendu l'héritage, il ne devrait pas de récompense (2). Cette opinion doit encore être suivie sons l'empire du code. Le texte de l'article 1409 n'est plus applicable lorsque l'époux, débiteur du prix, n'est plus propriétaire de l'immeuble ; en effet, on ne peut pas dire que la dette soit relative à un immeuble propre à l'époux, vu qu'il n'y a plus d'immeuble ; la dette ne représente donc plus une valeur immobilière propre à l'époux, partant il n'y a pas lieu à récompense (3). Au point de vue de l'équité, on pourrait faire une objection. J'achète un immeuble pour 10,000 francs sans le payer ; puis je le revends pour une somme égale ; je profite de la valeur de l'immeuble sans posséder une valeur immobilière, de sorte que je ne dois pas de récompense de la dette du prix ; la communauté sera tenue de la dette du prix sans récompense. Profitera-t-elle du prix de 10,000 francs que j'ai touché? Cela dépend de l'emploi que j'en ai fait. Si j'ai acheté un immeuble, il me sera propre ; dans ce cas, la communauté n'en profitera pas et elle devra néanmoins la

(1) Angers, 15 février 1845 (Dalloz, 1845, 4, 90, nº 4).
(2) Pothier, *De la communauté*, nº 239.
(3) Colmet de Santerre, t. VI, p. 104, nº 41 *bis* VI.

dette du prix de l'immeuble que j'ai vendu. Vainement dirait-on que l'immeuble vendu est remplacé par l'immeuble que j'ai acheté. Ce serait un remploi; or, il ne peut être question de remploi avant le mariage. Dans ce cas, l'époux s'enrichit aux dépens de la communauté sans que celle-ci ait droit à une récompense.

421. L'application du principe de l'article 1419 donne lieu à une difficulté. On suppose que l'époux a acheté, avant de se marier, un immeuble moyennant une rente viagère. La communauté doit-elle payer les arrérages sans récompense? Et quelle est la récompense à laquelle elle a droit? La première question ne nous paraît pas douteuse. Aux termes de l'article 1409, la communauté doit payer la dette du prix, sauf récompense. Or, dans l'espèce, la rente viagère forme le prix de l'immeuble; donc la communauté a droit à une récompense. On objecte l'article 1409, n° 3, aux termes duquel la communauté est tenue des arrérages des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux; la dette du prix consistant en une rente forme une dette personnelle à l'époux; donc, d'après le n° 3, la communauté doit les arrérages. Qu'elle soit tenue de les payer, cela est certain; mais a-t-elle droit à une récompense? Cette question n'est pas décidée par le n° 3 de l'article 1409, elle est décidée par l'article 1409, n° 1; les arrérages forment le prix de la vente; donc si la communauté les paye, elle a droit à une indemnité. De quoi la communauté doit-elle récompense? La récompense est une indemnité et suppose un profit fait par l'époux aux dépens de la communauté. Quel est le profit que, dans l'espèce, l'époux tire de la communauté? Ce n'est pas le montant intégral des arrérages que la communauté paye. En effet, les arrérages comprennent les revenus et une partie du capital; or, la communauté a le droit de percevoir les fruits et les revenus de l'immeuble, donc elle ne paye pour le compte de l'époux débiteur que la partie des arrérages qui représente le capital; l'époux ne s'enrichit que de cette valeur, il ne s'enrichit pas de la partie des arrérages qui représente les revenus de l'immeuble, puisque ces revenus appartiennent à la commu-

nauté. Cela est décisif, la récompense ne pouvant pas dépasser le profit (1).

422. Il se présente une autre difficulté, sur laquelle il y a controverse. Une succession immobilière échoit à l'un des époux avant le mariage; elle est grevée de dettes mobilières que la communauté paye; celle-ci a-t-elle droit à une récompense de ce chef? La cour de Douai a jugé que dettes devaient être supportées par la communauté sans ces récompense (2). Nous croyons qu'elle a bien jugé. L'article 1409, n° 1, qui donne à la communauté droit à une récompense pour les dettes relatives aux immeubles propres des époux, n'est pas applicable à l'espèce; on ne peut pas dire des dettes d'une succession qu'elles ont été contractées pour augmenter le patrimoine immobilier de l'époux héritier; ce sont des dettes personnelles que l'époux contracte en acceptant l'hérédité, comme elles étaient personnelles au défunt. On a objecté que les dettes mobilières qui grèvent une succession immobilière échue pendant le mariage à l'un des époux, lui restent propres. Le texte des articles 1409 et 1412 répond à l'objection; il ne s'applique pas aux successions antérieures à la célébration du mariage; les dettes de ces successions sont des dettes personnelles à l'époux héritier, en ce sens qu'il en est débiteur personnel; elles entrent, comme toutes autres dettes, dans le passif de la communauté et restent à sa charge, le principe des récompenses n'étant pas applicable. La décision, quoique juridique, blesse l'équité; l'époux profite de l'actif héréditaire, tandis que les dettes sont à la charge de la communauté, il a l'émolument sans avoir les charges (3). Cela est vrai, mais l'objection s'adresse au législateur; il n'a pas suivi, pour les dettes antérieures au mariage, le principe qu'il établit pour les successions qui échoient à l'époux pendant la durée du mariage. Pour les dettes antérieures, la loi ne tient aucun compte de la

(1) Rejet, 13 juillet 1863 (Dalloz, 1863, 1, 393). Aubry et Rau, t. V, p. 322, et notes 26 et 27, § 508.

(2) Douai, 6 janvier 1846 (Dalloz, 1846, 2, 217).

(3) Duranton, t. XIV, p. 321, n° 234. En sens contraire, Rodière et Pont, t. II, p. 35, n° 743; Aubry et Rau, t. V, p. 321, note 25, § 508.

cause des dettes; elles peuvent être dans l'intérêt des époux et elles tombent néanmoins dans le passif de la communauté, à moins qu'elles n'aient été contractées pour l'acquisition ou l'augmentation du patrimoine immobilier des conjoints.

423. Un époux vend, avant le mariage, un immeuble qui lui est propre; la vente est faite sous condition résolutoire, ou elle est rescindable. Pendant le mariage, la vente est résolue, ou rescindée. L'époux est obligé de restituer le prix qu'il a touché; si la communauté l'acquitte a-t-elle droit à une récompense? L'affirmative n'est pas douteuse; le prix restitué représente la valeur immobilière qui rentre dans le patrimoine de l'époux, donc on est dans le texte comme dans l'esprit de l'article 1409 (1).

§ III. *Des dettes contractées pendant le mariage.*

N° 1. PAYEMENT DES DETTES.

I. *Dettes du mari.*

424. Aux termes de l'article 1409, n° 2, « la communauté se compose passivement des dettes, tant en capitaux qu'arrérages ou intérêts, contractées par le mari pendant la communauté. » Il est de principe que toute dette du mari est une dette de communauté. Cela est vrai, en ce sens que la communauté est tenue de payer toutes les dettes que le mari contracte; mais cela n'est pas vrai, en ce sens que la communauté doive supporter toutes ces dettes. En effet, l'article 1409 ajoute : « Sauf la récompense dans les cas où elle a lieu. » Pour le moment, nous ne parlons que de l'obligation de payer les dettes du mari. En ce sens, il est vrai de dire que toute dette du mari est dette de communauté. Quel est le fondement du principe?

Quand on dit que le mari oblige la communauté par toutes les dettes qu'il contracte, cela veut dire que la com-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 104, n° 41 *bis* VIII.

munauté en est tenue, sans le concours de la femme et quelle que soit la cause des dettes, quand même elles seraient absolument étrangères aux intérêts communs des associés; de sorte que si la femme accepte, elle est tenue de la moitié de ces dettes, bien qu'elle n'y ait pas consenti et quoiqu'elles n'aient pas été contractées dans l'intérêt de la communauté. C'est du principe ainsi entendu que nous demandons la raison. Pothier la donne. Le mari, dit-il, est seul maître de la communauté, il a le droit d'en disposer à son gré, par conséquent, de la part que la femme y a, sans son consentement; il peut perdre et dissiper les biens qui la composent. Une conséquence de ce pouvoir absolu du mari est que toutes ses dettes sont dettes de la communauté; c'est comme seigneur et maître des biens communs qu'il oblige ces biens, de même que tout propriétaire qui s'oblige personnellement oblige son patrimoine.

Cela est vrai tant que dure la communauté; la femme associée est absorbée par son mari, par suite de la puissance que le mari a sur elle comme associée. Mais comment expliquer que la femme, à la dissolution de la communauté, est tenue de la moitié des dettes communes qu'elle n'a point consenties, qui sont étrangères à la communauté? La raison est, à notre avis, dans l'acceptation de la femme. En acceptant, elle devient définitivement associée; jusque-là il était incertain si elle le serait, puisqu'elle pouvait renoncer. Si elle accepte, elle s'approprie par là tout ce que le mari a fait, comme si elle y avait concouru. C'est une fiction, si l'on veut, mais c'est une fiction nécessaire; dès que la femme veut être associée, elle doit approuver tout ce que son mari a fait comme chef de la communauté. Par suite, elle est tenue des dettes communes pour moitié, comme si elle les avait contractées avec son mari.

Pothier donne une autre explication, au moins en apparence. « La femme, dit-il, lorsque son mari contracte, est censée, non en son propre nom, mais *en sa qualité de commune*, contracter et s'obliger avec lui pour sa part, même sans qu'elle en ait rien su et sans qu'elle puisse s'y

opposer (1). » On a interprété ces paroles dans le sens d'un mandat que la femme commune en biens donnerait à son mari d'obliger la communauté, même à l'insu de son associée et, au besoin, malgré son opposition. Puis l'on s'est récrié contre l'idée d'un pareil mandat : donne-t-on mandat de faire ce qui est en opposition avec l'intérêt du mandant (2)? Oui, un pareil mandat serait absurde. Mais Pothier ne parle pas d'un mandat, il dit que la femme *commune* est *censée* avoir contracté avec son mari. Or, quand la femme est-elle commune? Quand elle accepte; l'acceptation a pour conséquence que toutes les dettes du mari lui deviennent communes, et si elle en est tenue, ce ne peut être que parce qu'elle se les est appropriées; en acceptant, elle est donc *censée,* comme le dit Pothier, s'être obligée avec son mari. Le mot *censée* marque qu'il s'agit d'une fiction. Si l'on ne veut pas de la fiction, il faut dire que la femme ratifie ce que le mari a fait en son nom, mais sans son consentement; or, la ratification rétroagit. Mais peut-on dire que le mari agit comme gérant d'affaires? Il faudrait supposer que la gestion est utile et que la femme aurait fait elle-même ce que son mari a fait. Cette supposition est aussi absurde; la femme n'aurait certes pas agi contre son intérêt pour ruiner et perdre la communauté. Il vaut donc mieux s'en tenir à l'explication de Pothier en l'interprétant comme nous l'avons fait.

425. Faut-il, pour que le mari oblige la communauté, qu'il ait contracté comme chef de la communauté? Non; la loi ne l'exige pas, et elle ne pouvait pas l'exiger. L'article 1409 dit : « Les dettes que le *mari* a contractées » ; la qualité de *mari* se confond avec celle de chef de la communauté, puisqu'il en est seigneur et maître en sa qualité de mari. Les deux qualités sont inséparables. Dira-t-on que le mari a aussi des intérêts à lui propres, puisqu'il a un patrimoine qui lui est propre? Sans doute, mais l'article 1409 prouve que les dettes que le mari contracte dans l'intérêt de ses propres tombent dans le passif de la com-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 248.
(2) Toullier, t. VI, 2, p. 210, n°s 218-219. Troplong, t. I, p. 245, n° 726. Comparez Rodière et Pont, t. II, p. 128, n° 829.

munauté à l'égard des créanciers aussi bien que celles qu'il contracte comme chef de la communauté. En effet, la loi dit : « Sauf la récompense dans les cas où elle a lieu. » Or, le mari ne doit récompense que si la dette a été contractée dans son intérêt, par exemple, pour ses propres. Ces dettes entrent donc dans le passif, en ce sens que la communauté est obligée de les payer. Donc en supposant même que le mari traite en son nom propre et dans l'intérêt de son patrimoine, la dette entrera néanmoins en communauté. La raison est simple, c'est que le patrimoine propre du mari et le patrimoine de la communauté ne forment qu'un seul patrimoine pendant le mariage; en s'obligeant, le mari oblige donc nécessairement les deux patrimoines (1).

426. L'article 1409 dit que les dettes *contractées* par le mari tombent dans le passif de la communauté. Il ne faut pas prendre le mot *contractées* dans le sens spécial d'une dette naissant d'un contrat. Dès que le mari s'oblige, il oblige la communauté; peu importe la source de l'obligation, que ce soit un quasi-contrat, un quasi-délit, un délit civil, ou même un délit criminel. Pothier dit que la femme est tenue, en sa qualité de commune, de la réparation du délit, quoique certes la femme, étrangère au délit, ne soit pas censée l'avoir commis avec son mari, mais elle est obligée parce que le mari a obligé la communauté. Il est certain que la communauté est tenue à l'égard du créancier : est-elle aussi tenue à supporter la dette dans les rapports des époux entre eux?

Nous reviendrons sur ce point, qui est très-controversé, en traitant de l'administration de la communauté; c'est aussi là que nous examinerons les autres questions qui concernent cette matière. Pour le moment, nous nous bornons au principe. Ce que nous venons de dire des délits prouve que le mari oblige la communauté, alors même qu'elle ne profite aucunement de ses dettes. Pothier cite comme exemple le cautionnement; le mari se porte caution en faveur d'un ami pour des affaires auxquelles il n'a

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 106, n° 41 *bis* XIII, et p. 107, n° 41 *bis* XVI.

aucun intérêt; la communauté ne laisse pas d'être chargée de la dette et même sans récompense. A plus forte raison, la communauté est-elle obligée par les dettes de mauvais ménage, comme Coquille les appelle; le mari peut dissiper en folles dépenses les biens communs, il peut ruiner la communauté par ses dettes, la femme en sera tenue comme commune, si elle accepte (1). Mais c'est précisément à raison de ces abus du pouvoir qui appartient au mari comme seigneur et maître que la loi permet à la femme de demander la dissolution de la communauté et qu'elle lui donne le droit de renoncer, et alors même qu'elle accepte, elle n'est tenue des dettes que jusqu'à concurrence de son émolument, pourvu qu'elle fasse inventaire.

427. Quand il s'agit des dettes antérieures au mariage, la loi distingue entre les dettes mobilières et les dettes immobilières; celles-ci ne tombent pas en communauté, quoiqu'elles soient contractées par le mari. Faut-il faire la même distinction pour les dettes que le mari contracte pendant la durée de la communauté? Non, car l'article 1409 ni aucune disposition du code ne font cette distinction. Il y a une raison de cette différence. Le pouvoir absolu du mari d'obliger la communauté ne commence qu'avec la célébration du mariage; à partir de ce moment, toute dette du mari, quelle qu'elle soit, oblige la communauté, de même que toute acquisition du mari lui profite. Avant le mariage, il ne peut être question d'un pouvoir du futur mari; la loi excluant la fortune immobilière de la communauté, devait aussi exclure du passif les dettes immobilières.

II. *Dettes de la femme.*

428. L'article 1409 dit que les dettes de la femme contractées du consentement du mari entrent dans le passif de la communauté. Il suit de là que la femme n'a pas le droit d'obliger la communauté, quoiqu'elle soit associée; c'est un associé qui n'a pas le droit de disposer des biens

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 248. Troplong, t. I, p. 244, n° 721.
(2) Rodière et Pont, t. II, p. 128, n° 828.

communs directement ni indirectement, parce que ces biens, pendant la durée de la communauté, appartiennent au mari, qui en est le seigneur et maître.

La conséquence rigoureuse de ce principe serait que la femme n'oblige pas la communauté, alors même qu'elle est autorisée du mari. En effet, cette autorisation n'a qu'un seul objet, c'est de rendre la femme capable de contracter; mais, capable de s'obliger, la femme n'acquiert pas le droit d'obliger les biens communs, qui appartiennent au mari. Ce qui le prouve, c'est que la femme est aussi capable de s'obliger quand elle est autorisée de justice, et néanmoins ces obligations restent étrangères à la communauté, le créancier n'a d'action que sur les biens de la femme, c'est-à-dire sur la nue propriété de ses propres. Tel est le vrai principe : celui qui s'oblige oblige ses biens (art. 2092), mais il n'oblige pas les biens qui ne lui appartiennent pas. De même la femme est obligée sans son consentement et sans autorisation aucune en vertu d'un quasi-contrat; elle s'oblige encore, sans être autorisée, par ses délits et ses quasi-délits, mais ces obligations n'entrent pas dans le passif de la communauté, elles ne grèvent que les biens propres de la femme. C'est donc par dérogation à la rigueur des principes que la loi fait entrer dans le passif de la communauté les dettes que la femme contracte avec le consentement du mari. Quelle est la raison de cette exception? Est-ce un droit que la loi accorde à la femme en sa qualité d'associée, en ce sens que la femme agit comme associée quand le mari l'autorise? L'explication n'est pas satisfaisante; car si la femme autorisée agit comme associée, on ne voit pas pourquoi le mari n'agirait point; c'est lui le vrai et le seul représentant de la société dont il est le chef et le maître. Il y a une autre explication. On a pensé, dit Duranton, que le mari pourrait engager sa femme à contracter dans un intérêt qui serait exclusivement celui de la communauté, par exemple en empruntant une somme qu'elle remettrait à son mari; le mari aurait évité ainsi de s'obliger personnellement, et la femme seule eût été obligée, quoique la dette profitât à la communauté ou au mari. Pour que le mari n'ait point

intérêt à agir de la sorte, en abusant du pouvoir qu'il a sur la femme, la loi déclare la communauté obligée et, par suite, le mari (1). L'intervention de la femme aura pour effet de donner au créancier action sur ses biens; de plus, il peut poursuivre la communauté, puisque la dette y tombe; enfin il peut même agir contre le mari, puisque toute dette de communauté est une dette du mari.

429. C'est ce que dit l'article 1419, qui consacre une nouvelle dérogation au droit commun. En principe, celui qui autorise ne s'oblige point, parce qu'il n'y a pas d'obligation sans consentement; or, celui qui autorise ne consent pas à s'obliger, il n'intervient que pour couvrir l'incapacité de la personne qui contracte. L'article 1419 déroge à ce principe en permettant au créancier d'une dette contractée par la femme avec autorisation maritale, de poursuivre les biens du mari. Quelle est la raison de cette exception? C'est une conséquence de la première dérogation que nous venons de signaler; dès que la dette contractée avec autorisation maritale tombe en communauté, on applique le principe que toute dette de communauté est une dette du mari. Nous reviendrons sur ce principe; il ne faut pas en exagérer la portée. Il n'est vrai que pendant la durée de la communauté, parce qu'il a sa raison d'être dans la confusion des biens communs et des biens du mari, qui ne forment qu'un seul et même patrimoine. Or, cette confusion n'existe que pendant la communauté, alors que le mari est réputé seigneur et maître des biens communs. A la dissolution de la communauté, la confusion des deux patrimoines cesse et, par suite, la conséquence qui en résulte. Il importe donc d'établir le vrai fondement de la dérogation au droit commun que l'article 1419 a consacrée. Si le mari est tenu sur ses biens des dettes contractées par la femme avec son autorisation, ce n'est pas parce qu'en l'autorisant il s'oblige personnellement, il ne contracte aucune obligation personnelle; il n'y a que ses biens qui sont obligés, parce qu'ils se confondent momentanément avec les biens de la communauté.

(1) Duranton, t. XIV, p. 347, n° 247.

430. Il ne faut pas confondre les dettes que la femme contracte étant l'autorisée du mari avec celles qu'elle contracte en vertu d'un mandat exprès ou tacite que le mari lui donne. Quand la femme agit avec autorisation, c'est elle qui s'oblige, c'est elle qui est débitrice, et elle oblige ses biens; il a fallu une dérogation formelle de la loi pour que ces dettes puissent être poursuivies sur les biens de la communauté et sur ceux du mari. Lorsque, au contraire, la femme contracte comme mandataire du mari, elle ne s'oblige pas personnellement, c'est le mandant qui s'oblige; c'est donc le mari qui est débiteur et, par conséquent, la dette, comme toute dette du mari, devient dette de communauté, sans que le créancier ait action contre la femme, car les dettes de la communauté ne sont pas dettes de la femme; celle-ci n'en est tenue que pour sa part, quand elle accepte la communauté, non comme débitrice personnelle,—elle ne l'a jamais été,—mais comme femme commune

431. Quand la femme contracte avec autorisation de justice, elle s'oblige personnellement et elle oblige ses biens, mais elle n'oblige pas la communauté; la raison pour laquelle l'autorisation du mari fait tomber les dettes en communauté ne s'applique pas à l'autorisation de justice. On reste donc sous l'empire du droit commun, le créancier n'a pas d'action contre la communauté ni contre le mari; il ne peut poursuivre, pendant le mariage, que la nue propriété des propres de la femme; après la dissolution de la communauté, il aura action sur la toute propriété de ces biens, ainsi que sur les biens que la femme recueille par le partage de la communauté si elle accepte. Il y a cependant, par exception, des dettes qui tombent en communauté quand la femme les contracte avec autorisation de justice; nous reviendrons sur ces exceptions.

N° 2. CONTRIBUTION AUX DETTES.

432. L'article 1409, après avoir établi le principe que les dettes contractées par le mari et par la femme autorisée du mari tombent en communauté, ajoute : « Sauf la

récompense dans les cas où elle a lieu. » Pothier considère la récompense comme une exception à la règle, ce qui semble dire que les dettes pour lesquelles il y a lieu à récompense n'entrent pas en communauté. Cela n'est pas exact; la récompense suppose, au contraire, que la communauté paye et doit payer, sinon elle ne pourrait réclamer aucune récompense. Mais il y a des dettes dont la communauté est tenue à l'égard des créanciers et qu'elle ne supporte néanmoins pas quand il s'agit de régler la contribution aux dettes entre époux. Quelle est la raison pour laquelle la communauté ne supporte pas toutes les dettes qu'elle est tenue de payer? et quelles sont les dettes pour lesquelles elle a une récompense? Pothier répond qu'il est de principe « qu'encore que le mari soit, durant le mariage et pendant que la communauté existe, maître absolu des biens de la communauté et qu'il puisse, en conséquence, en disposer à son gré et les dissiper, il ne peut néanmoins s'en avantager au préjudice de la part que doit y avoir sa femme. » Au premier abord, cela paraît singulier. Le mari peut dissiper toute la communauté, de sorte qu'il ne reste rien à la femme; et il ne peut pas s'avantager de la moindre valeur, sans en devoir récompense à la communauté et, par conséquent, à la femme! Cependant cette apparente anomalie s'explique. Le mari est seigneur et maître de la communauté; cette seigneurie lui a été reconnue comme conséquence de la puissance maritale; il usera régulièrement de son pouvoir dans l'intérêt de la communauté, par la raison qu'en dissipant les biens communs, il dissipe son propre patrimoine; or, les dissipateurs sont une exception. Il n'y a donc pas à craindre que le mari abuse de sa puissance pour ruiner sa femme, car il ne peut la ruiner qu'en se ruinant lui-même. Ce qui est à craindre, ce sont les calculs de l'égoïsme; la loi a dû prévoir que le mari chercherait à s'avantager aux dépens de la communauté et, par conséquent, au préjudice de sa femme, elle a dû mettre un frein à la passion de la cupidité. Il n'est pas contraire aux principes qui régissent la société conjugale que le mari dissipe les biens communs; à côté de la possibilité du mal, la loi a placé le

remède, la dissolution de la communauté par la séparation de biens. Mais il serait contraire à tout principe comme à l'équité que le mari, associé de la femme, s'enrichît à ses dépens; donc le moindre avantage qu'il tire de la communauté doit donner lieu à récompense.

Ce n'est pas toujours le mari qui doit récompense, ce peut être la femme. Le principe est général et reçoit son application aux deux époux. Seulement le danger est bien moindre en ce qui concerne la femme, elle n'a pas de pouvoir légal dont elle puisse abuser; si elle doit une récompense, c'est par suite d'une dette que le mari a contractée à son profit; ou que la femme a contractée avec autorisation maritale; il faut donc, dans tous les cas, le concours du mari pour que la femme puisse s'avantager. Si néanmoins elle est tenue de payer une récompense, c'est que la règle de justice et d'équité qui s'oppose à ce que le mari retire un profit personnel de la communauté reçoit aussi son application à la femme; les deux époux sont associés, et aucun d'eux ne doit s'avantager au préjudice de l'autre (1).

483. Nous traiterons plus loin des récompenses; elles sont régies par les principes généraux qui s'appliquent aux dettes contractées pendant la communauté comme aux dettes antérieures au mariage. L'article 1409 ne dit pas à qui la récompense est due; mais comme il parle de l'obligation de la communauté de payer les dettes du mari et de la femme, il suppose que la récompense est due à la communauté. Il se peut que l'indemnité soit due au mari, comme le dit l'article 1419; si la femme s'oblige avec autorisation maritale dans l'intérêt de ses propres, le créancier a action contre la communauté et sur les biens personnels du mari; si c'est la communauté qui paye, elle aura droit à une récompense contre la femme; si c'est le mari, c'est lui qui pourra réclamer l'indemnité. Il faut ajouter que la récompense peut être due à la femme. Elle s'oblige, avec autorisation du mari, pour un emprunt; la somme empruntée sert à faire des travaux sur les propres

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 250. Troplong, t. I, p. 245, n°s 727 et 728.

du mari; celui-ci devra indemniser la femme si le créancier a agi contre elle.

§ IV. *Des dettes des successions échues aux époux*

N° 1. PRINCIPES GÉNÉRAUX.

I. *Acceptation*

434. L'article 1409, n° 1, dit que la communauté se compose passivement de toutes les dettes dont se trouvent chargées les successions qui échoient aux époux durant le mariage. Ainsi formulé, le principe est beaucoup trop absolu; il demande bien des distinctions et il donne lieu à bien des difficultés. Avant de dire quelles sont les dettes qui entrent dans le passif de la communauté du chef des successions auxquelles les époux sont appelés, il nous faut voir par qui elles doivent ou peuvent être acceptées. Il n'y a pas de question, dans la difficile matière que nous traitons, qui soulève plus de doutes que cette question qui paraît si simple. Il faut partir du principe que l'héritier seul a le droit d'accepter l'hérédité. En effet, accepter une succession, c'est manifester la volonté d'être héritier, c'est l'exercice du droit héréditaire; nul n'est héritier qui ne veut (art. 775); il faut donc le consentement du successible; or, personne ne peut consentir pour un tiers, à moins qu'il n'ait reçu un mandat conventionnel ou légal. Cela est élémentaire, et cependant d'excellents jurisconsultes ont méconnu ce principe.

435. Il s'applique sans difficulté au mari; c'est naturellement lui qui accepte les successions auxquelles il est appelé pendant le mariage. La conséquence peut être funeste à la communauté : si le mari accepte purement et simplement une succession dont le passif excède de beaucoup l'actif, il sera tenu des dettes *ultra vires*, et cette obligation onéreuse tombera à charge de la communauté, alors même que la communauté ne profiterait pas des biens. C'est une conséquence du principe que toute dette du mari est une dette de communauté. On a prétendu que,

dans ce cas, le mari doit indemniser la communauté; de même, dit Troplong, qu'il devrait l'indemniser s'il renonçait à une succession avantageuse. Cette opinion est si évidemment erronée, que nous croyons inutile de la combattre; on peut voir la réfutation que MM. Aubry et Rau ont faite du paradoxe de Troplong (1). Le mot d'*erreur évidente* nous échappe rarement; ici nous ne le rétractons pas, car c'est une hérésie de soutenir que le mari soit responsable, et tenu à une indemnité, alors que le mari agit comme propriétaire et sans s'avantager au préjudice de la communauté. Il n'y a qu'une exception à ce principe, la fraude, la fraude faisant toujours exception. Il est inutile de nous arrêter sur ce point quand tant de difficultés réelles nous attendent.

436. Quand une succession échoit à la femme, c'est elle qui l'accepte avec autorisation du mari ou de justice: L'article 776 le dit. Il n'y aurait de doute que dans la doctrine qui admet que la communauté est une personne civile et que les époux, en se mariant, aliènent leurs droits mobiliers présents et futurs au profit de cette personne fictive. Il en résulterait que la communauté seule, en qualité de cessionnaire, a le droit d'accepter les successions mobilières échues à la femme. Nous avons rejeté cette théorie et, par suite, nous rejetons les conséquences qui en découlent. Dans notre opinion, la femme n'aliène pas ses droits successifs; elle reste héritière, donc c'est elle qui doit accepter.

Il se présente une autre difficulté très-sérieuse. La femme accepte une succession mobilière avec autorisation de justice. Que deviennent les biens de cette hérédité? entrent-ils en communauté, ou restent-ils propres à la femme? Les auteurs modernes admettent, sans même discuter la question, que les biens entrent en communauté, bien que les dettes n'y entrent pas. Nous ne connaissons d'autre raison que celle que donne Colmet de Santerre : les droits mobiliers des époux présents et futurs entrent

(1) Troplong, t. I, p. 255, n° 788. Aubry et Rau, t. V, p. 373, note 1, § 513.

dans l'actif de la communauté, donc les successions mobilières échues à la femme et acceptées par elle doivent *nécessairement* tomber en communauté (1). Le motif est loin d'être déterminant; sans doute la fortune mobilière des époux devient commune, mais à une condition, c'est que les biens échus, pendant le mariage, à la femme soient acceptés par le mari; le fait de l'ouverture d'une succession ne suffit point pour que la communauté devienne propriétaire, elle a un représentant, plus que cela, un seigneur et maître; conçoit-on que ce seigneur et maître acquière malgré lui par l'acceptation de la femme, laquelle est étrangère à la communauté? Juridiquement cela ne se comprend pas; personne ne peut devenir propriétaire malgré soi; or, la communauté se personnifie dans le mari, la communauté, c'est lui; il répudie la succession, puisqu'il refuse d'autoriser la femme à l'accepter, il n'en veut pas; et la femme va le contraindre à la recevoir comme sienne! A quoi aboutit cette hérésie juridique? A imposer des obligations au mari malgré lui; il sera tenu de recevoir le mobilier héréditaire, d'en dresser inventaire, de répondre aux actions des créanciers comme détenteur de valeurs qui sont leur gage. On le soumet même à une responsabilité dans le cas où il ne fait pas inventaire; il devra payer les dettes s'il ne représente pas le mobilier inventorié. Est-ce que la femme peut imposer cette charge et cette responsabilité à son mari, alors que la femme, étrangère à la communauté, est exclue de toute gestion sociale?

La question que les auteurs modernes tranchent sans la discuter était très-controversée dans l'ancien droit. Battur, le seul des auteurs modernes qui s'y arrête un instant, invoque la tradition à l'appui de l'opinion générale (2). La tradition est très-incertaine; Renusson expose les divers avis; il y avait des auteurs qui ne donnaient au mari que la jouissance des biens recueillis par la femme, et ils ne permettaient aux créanciers de le poursuivre que comme détenteur des biens et à raison de cette détention. C'est

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 122, n° 52 *bis* I, et les auteurs cités par Aubry et Rau, t. V, p. 376, note 4, § 513.
(2) Battur, *De la communauté*, n° 329, p. 451.

notre opinion : la femme devient propriétaire, puisqu'elle accepte; et comme le mari ne veut pas de l'hérédité, les biens restent propres à la femme; donc le mari en a la jouissance. D'autres auteurs allaient plus loin et refusaient tout droit au mari sur les biens de la succession qu'il avait refusé d'accepter; c'était le gage des créanciers, disaient-ils, et l'excédant seulement devenait propre à la femme et sujet à l'usufruit du mari. Il y avait une troisième opinion, celle qui domine aujourd'hui : les biens entrent en communauté, disait-on, par cela seul que ce sont des biens mobiliers (1). Quelle est l'opinion que les auteurs du code ont admise? On n'en sait rien, puisque le texte est muet, et, dans les travaux préparatoires, il n'a pas été dit un mot des difficultés qui se présentent en cette matière. Notre conclusion est qu'il faut s'en tenir aux principes; et ceux-là, à notre avis, ne laissent aucun doute.

Le mari peut-il accepter les successions échues à sa femme? C'est une question très-controversée. A notre avis, la négative est certaine. Le siége de la matière est dans l'article 776. En principe, la succession doit être acceptée par l'héritier. La question est de savoir si la loi déroge à ce principe quand il s'agit des incapables. L'article 776 répond en distinguant : les successions échues aux mineurs et interdits sont acceptées par leurs tuteurs autorisés du conseil de famille. Quant aux femmes mariées, l'article dit qu'elles ne peuvent valablement accepter une succession sans l'autorisation de leur mari ou de justice. C'est donc toujours la femme qui doit accepter, la loi ne donne pas ce pouvoir au mari. Cela est conforme aux principes généraux. Il y a une différence essentielle entre les divers incapables : les mineurs et interdits sont incapables à raison de leur âge ou de leurs facultés intellectuelles; la femme était capable en se mariant, elle ne devient incapable que parce qu'elle tombe sous puissance maritale. Son incapacité consiste en ce qu'elle ne peut faire aucun acte juridique sans autorisation du mari ou de justice. L'article 776 applique ce principe à l'accepta-

(1) Renusson, *De la communauté*, p. 227, n°s 20-25.

tion des successions : la femme est incapable d'accepter une succession, comme elle est incapable de tout acte juridique, mais elle devient capable quand elle est autorisée. Il suit de là que le mari n'a aucune qualité pour accepter une succession échue à sa femme. Il n'est pas héritier, et la loi ne lui donne pas le droit d'agir au nom de la femme héritière. Dira-t-on que, sous le régime de communauté, le mari est administrateur légal des biens de sa femme et qu'à ce titre il peut exercer les actions qui l'intéressent? Nous écartons l'article 1428 par une raison qui est décisive. Accepter une succession n'est pas un acte d'administration, c'est s'obliger et c'est contracter l'obligation la plus dangereuse quand on accepte purement et simplement, puisque l'héritier pur et simple est tenu des dettes *ultra vires*. Voilà pourquoi le tuteur, qui représente le mineur dans tous les actes civils et qui a le pouvoir de faire les actes d'administration, ne peut pas accepter les successions qui lui échoient; il lui faut l'autorisation du conseil de famille. Dira-t-on que le mari peut exercer seul les actions mobilières et possessoires qui appartiennent à la femme? Le tuteur a le même droit, et néanmoins il ne peut pas accepter une succession au nom du mineur; par la raison bien simple qu'accepter une succession, fût-elle purement mobilière, n'est pas exercer une action mobilière, c'est s'obliger; or, le mari n'a pas le droit d'obliger la femme, sauf par les actes d'administration que la loi lui donne le pouvoir de faire, et l'acceptation d'une succession n'est pas un acte d'administration.

437. Toutefois l'opinion contraire est enseignée par Pothier et, à sa suite, par la plupart des auteurs modernes (1). Pothier commence par poser en principe que la succession déférée à une personne mariée doit être par elle-même acceptée, avec autorisation du mari ou de justice. Puis il prévoit le cas où la femme refuserait d'accepter; dans ce cas, dit-il, le mari qui aurait intérêt qu'elle

(1) Pothier, *Traité des successions*, ch. III, sect. III, art. 1er, § 2, et la note de Bugnet (t. VIII, p. 120). Les auteurs modernes ne font que reproduire la doctrine de Pothier. Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, p. 374, note 2, § 513.

soit acceptée, parce que le mobilier tombe en communauté, pourrait, à ses risques, l'accepter sur le refus de la femme, qui ne peut point s'en abstenir en fraude des intérêts de la communauté. Ces raisons sont très-faibles, disons mieux, malgré notre respect pour Pothier, elles sont mauvaises.

L'intérêt que le mari a à ce que la femme accepte, parce que le mobilier doit tomber en communauté, ne lui donne pas le droit d'accepter une succession à laquelle il n'est pas appelé; son droit ne s'ouvre que lorsque la femme a accepté avec son autorisation, alors il peut demander le partage (art. 818). Jusque-là il est sans droit aucun. Comment aurait-il le droit d'intenter l'action en partage, lorsque la femme refuse d'accepter? Peut-il y avoir lieu à partager une succession que la femme héritière refuse? Refuser, c'est renoncer; si la femme renonce dans les formes légales, de quel droit le mari accepterait-il la succession à laquelle la femme est appelée? Quand la femme renonce, sa part accroît à ses cohéritiers, ou elle est dévolue au degré subséquent (art. 786); ce sont les cohéritiers de la femme ou les héritiers appelés, à son défaut, qui seuls ont un droit sur la succession que la femme ne veut pas accepter; par cela seul que la femme refuse, elle est censée n'avoir jamais été héritière, donc le mari est sans droit aucun. Pothier dit que le mari acceptera *à ses risques*. Qu'est-ce à dire? Il sera donc tenu des dettes, et tenu *ultra vires*. Comprend-on que celui qui n'est pas héritier soit tenu des dettes? Il y a une plus grande impossibilité juridique : si le mari accepte, la communauté sera tenue des dettes, donc aussi la femme commune qui sera censée avoir accepté avec son mari. Ainsi la femme refuse d'accepter, et elle sera acceptante malgré elle, tenue, malgré elle, des dettes de l'hérédité, héritière malgré elle! Pothier oublie que nul n'est héritier qui ne veut. Ce que Pothier ajoute, que la femme ne peut s'abstenir d'accepter en fraude de la communauté, est également en opposition avec les principes. Pour qu'il y ait fraude à la communauté, il faut que celle-ci ait un droit; on ne fraude pas celui qui est sans droit aucun; or, la communauté n'a de

droit sur le mobilier héréditaire que lorsque la succession est acceptée, elle n'y a aucun droit quand la femme refuse d'accepter. Il y a plus; les créanciers de la femme qui ont un droit de gage sur son patrimoine, qui peuvent exercer tous ses droits, ne peuvent néanmoins accepter une succession au nom de la femme, et bien moins encore attaquer, comme faite en fraude de leurs droits, l'abstention de la femme. C'est seulement quand la femme renonce que la loi leur permet d'attaquer la renonciation comme frauduleuse, ils peuvent alors accepter la succession jusqu'à concurrence de leurs créances; il faut donc qu'ils aient une créance, c'est-à-dire un droit actuel à sauvegarder. Est-ce que la communauté a une créance sur la succession à laquelle la femme est appelée? Elle a une simple espérance, et une espérance n'est pas un droit.

L'opinion de Pothier, que nous nous permettons de critiquer, n'était pas l'opinion dominante dans l'ancien droit. Loisel rapporte un arrêt que Troplong appelle magistral en cette matière, et qui a décidé que le mari n'avait point le droit d'accepter une succession échue à sa femme. Dans l'espèce, le mari avait accepté la succession sans que la femme y eût consenti; les créanciers prétendaient qu'il en avait le droit et que, par suite, la femme était héritière. Cette prétention était plus logique que l'opinion de Pothier; si le mari a le droit d'accepter, ce ne peut être qu'au nom de la femme, puisque lui n'est pas héritier; donc si l'acceptation est valable, c'est la femme qui doit être héritière. La femme répondait : « Je n'ai fait aucun acte personnel d'acceptation. Mon mari ne peut m'obliger sans mon consentement, ni accepter une succession sans moi. De même qu'il ne peut aliéner mes propres, ni directement ni indirectement, sans mon exprès consentement, de même il ne peut accepter une succession pour moi, ni m'obliger à l'égard des créanciers de cette succession, car ce serait indirectement aliéner mes propres. » Le parlement de Paris jugea que la femme n'était pas héritière. Est-ce qu'il décida que le mari était tenu des dettes parce qu'il avait accepté à ses risques, comme le dit Pothier? Non, le mari fut seulement condamné à rendre tout ce

qu'il avait reçu de la succession (1). Il y avait acceptation irrégulière, partant nulle.

438. Faut-il appliquer ces principes aux successions mobilières? De nouvelles difficultés s'élèvent ici. La question était déjà controversée dans l'ancien droit. Renusson la pose en ces termes, et c'est ordinairement ainsi que les choses se passent dans la pratique; une succession, ne consistant qu'en effets mobiliers, échoit à une femme; son mari la recueille, en prend les effets, sans que lui ni sa femme se déclarent héritiers. La succession se trouvant onéreuse, la femme renonce. On demande si le mari qui avait pris les effets de cette succession a obligé la femme et si celle-ci sera héritière. Il en résulterait que la femme serait tenue des dettes comme héritière, alors même qu'elle renoncerait à la communauté. Sur le premier point, Renusson répond comme l'avait fait le parlement de Paris: « Il est évident que le mari n'a pas pu obliger sa femme sans son consentement et que la femme n'ayant point accepté l'hérédité, le fait particulier du mari ne la peut obliger et ne peut engager ses propres. »

On demande en second lieu, dit Renusson, si le mari qui s'est mis en possession des effets de cette succession en sera tenu indistinctement comme héritier, au lieu de sa femme. C'était l'opinion de Pothier, et elle avait ses partisans; les créanciers étant intéressés à la soutenir, voici comment ils raisonnaient. Le mari qui recueille une succession mobilière échue à sa femme doit être considéré comme le véritable héritier et tenu, comme tel, des dettes, au lieu de sa femme, parce que la succession mobilière le regarde plutôt que sa femme à cause de la communauté. En effet, le mari, comme maître de la communauté, peut recueillir une succession mobilière échue à sa femme, tout le mobilier futur de la femme entrant en communauté, et le mari pouvant disposer des biens communs, les dissiper et les consommer. On soutenait même, et cela paraît logique, qu'il n'appartenait pas à la femme d'accepter la

(1) Arrêt du 21 février 1595 dans Louet, lettre *M*, arrêt 25, t. II, p. 80. Troplong, t. I, p. 303, nº 995

succession mobilière qui lui échoit, puisqu'elle n'y avait plus aucun droit; le mari seul a le droit de l'accepter et, l'acceptant, il doit être tenu des dettes comme s'il était lui-même directement l'héritier. Renusson combat cette opinion. L'hérédité, dit-il, quoiqu'elle soit mobilière, ne peut être acceptée que par la femme autorisée du mari ou de justice. En effet, le mari est considéré comme un étranger à l'égard de la succession échue à sa femme, jusqu'à ce que celle-ci l'ait acceptée. C'est à elle que la successiou est déférée, c'est elle qui en est saisie. Si elle l'accepte, elle sera tenue des dettes; mais si le mari accepte lui seul, il ne sera pas tenu des dettes comme héritier, parce que ce n'est pas à lui que la loi défère cette hérédité. Ainsi on ne peut pas le prétendre héritier légitime, ni tenu des dettes. Seulement il doit restituer ce qu'il a reçu de l'hérédité et, par conséquent, il doit faire inventaire pour prouver la consistance et la valeur du mobilier héréditaire qui est entré de fait dans la communauté. S'il a pris possession des effets sans inventaire et qu'on puisse présumer faute ou fraude de sa part, il sera tenu des dettes de l'hérédité par manière de dommages-intérêts (1).

Les raisons données par Renusson nous paraissent péremptoires. Cependant l'opinion qu'il a combattue a trouvé faveur chez les auteurs modernes et, chose singulière, chez ceux-là mêmes qui célèbrent l'arrêt magistral du parlement de Paris. Duranton a donné une couleur très-spécieuse à cette doctrine. Le mari, dit-il, peut accepter les successions mobilières échues à sa femme, en qualité de chef de la communauté et comme exerçant les droits de sa femme, quoique la femme ne veuille pas concourir à l'acceptation. En effet, la femme, en se mariant sous le régime de communauté, doit être considérée comme ayant cédé à la communauté l'exercice de tous les droits que la loi y fait entrer. Le mari accepte donc la succession comme cessionnaire, en vertu d'un droit qui lui est propre; peu importe que la femme veuille concourir à l'acceptation, elle ne peut plus renoncer au préjudice de la communauté, puisqu'elle lui

(1) Renusson, *De la communauté*, p. 221, n[os] 6-9.

a d'avance cédé tous ses droits mobiliers ; elle n'a plus le droit d'accepter ni de renoncer, ce droit appartient au mari comme chef de la communauté (1).

Cette théorie repose sur la cession, c'est-à-dire sur l'aliénation que la femme et, par conséquent, le mari feraient, au profit de la communauté, de tous leurs droits mobiliers présents et futurs. Si la communauté était une personne civile, cela se comprendrait. Mais si, comme nous l'avons enseigné, et c'est l'opinion assez généralement suivie, la communauté n'est autre chose que les époux eux-mêmes considérés comme associés, la théorie n'a plus de base; les époux n'aliènent pas leurs droits mobiliers, ils les mettent en société, et ils en restent propriétaires en qualité d'associés. La mise en communauté n'étant pas une aliénation (n°s 210 et 211), il ne peut pas s'agir d'une cession des droits héréditaires ; la femme reste héritière ; si elle accepte, le mobilier de la succession entre en communauté ; mais si elle refuse d'accepter, la succession passe à ses cohéritiers, ou aux héritiers d'un ordre subséquent. Telle est la réalité des choses. Pour admettre que la femme et le mari cèdent leurs droits héréditaires, il faudrait une fiction qui mît la communauté à la place de la femme. La loi ne connaît pas de fiction pareille, et la fiction elle est inconciliable avec les principes qui régissent les successions. Céder ses droits héréditaires, c'est accepter la succession. La femme peut-elle accepter la succession avant qu'elle soit ouverte? Et si elle l'a acceptée, il ne peut plus s'agir pour le mari de l'accepter ni d'y renoncer ; la succession serait mauvaise, que le mari devrait néanmoins payer les dettes héréditaires ; car telle est l'obligation de tout cessionnaire, et il en serait tenu *ultra vires*. Ainsi la communauté serait tenue des dettes sans que le mari pût s'affranchir d'une charge qui peut ruiner la communauté. La femme ne pourrait pas plus renoncer que le mari ; car, en cédant ses droits héréditaires, elle a accepté, et elle ne peut

(1) Duranton, t. XIV, p. 319, n° 232. Dans le même sens, Troplong, t. I, p. 304, n° 996, qui se borne à dire que le mari est en quelque sorte héritier. Nous ne connaissons pas d'*héritier en quelque sorte* : on est héritier ou on ne l'est pas.

plus revenir sur son acceptation. Elle ne pourrait pas plus accepter que renoncer, puisqu'elle a transporté tous ses droits à la communauté (1). C'est un vrai tissu d'impossibilités juridiques.

439. La jurisprudence rejette, en termes absolus, le prétendu principe que le mari a le droit d'accepter une succession échue à sa femme. Elle ne s'est prononcée que sur des cas d'acceptation tacite, mais le principe est identique; si le mari ne peut pas accepter par des actes d'immixtion, il ne le peut pas davantage en acceptant expressément. La cour de Riom l'a jugé ainsi, mais nous ne voudrions pas souscrire aux motifs sur lesquels elle appuie sa décision. Elle dit que si le mari est *présumé* être le *mandataire légal* de sa femme, cette présomption cesse quand cette qualité lui est contestée, ou que les faits du mari sont en contradiction avec la volonté manifestée par la femme elle-même dans des actes publics et authentiques (2). Quelle est la *loi* qui *présume* que le mari est le mandataire légal de sa femme? Il y a une loi qui dispose que le mari administre les biens de sa femme et qu'il exerce ses actions mobilières et possessoires. Mais de là à dire qu'il est le mandataire légal de sa femme, il y a loin. Et s'il l'était, ce mandat pourrait-il lui être enlevé par une simple contestation? ou par la contradiction de la femme? Il faudrait dire, au contraire, avec Duranton, que le mari tenant son droit du contrat de mariage, la femme ne peut plus intervenir dans l'acceptation.

440. Nous abordons la plus grande difficulté que présente cette matière difficile. Une succession échoit à la femme; le mari est d'avis de l'accepter, la femme refuse. Il y a conflit, dit-on; il faut le vider, mais comment? Les auteurs sont partagés. A notre avis, il n'y a pas de conflit. Le conflit suppose des droits dont l'un est en opposition avec l'autre. Or, dans l'espèce, la femme seule a un droit, le mari n'en a pas; la femme a le droit d'accepter ou de répudier, elle a même le droit de rester dans l'inaction

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 374, note 2, § 513.
(2) Riom, 19 avril 1828. Dans le même sens, Riom, 18 avril 1825, et Montpellier, 1er juillet 1828 (Dalloz, au mot *Succession*, nos 437 et 507).

jusqu'à ce que les créanciers la poursuivent; alors elle doit prendre qualité. Le mari ne peut pas la contraindre à se prononcer, car il n'est pas créancier; il n'a de droit sur le mobilier héréditaire que lorsque la femme a accepté, mais il ne peut la forcer à accepter, ni accepter pour elle: où donc est le conflit? S'il n'y a point de conflit, il n'y a pas lieu de le vider. Le seul droit du mari, c'est d'autoriser sa femme à accepter, ou de refuser son autorisation. Si la femme ne demande pas d'autorisation, le mari est sans droit aucun. Nous repoussons donc par une fin de non-recevoir les solutions que l'on a imaginées. Toutefois le nom et l'autorité de ceux qui ont essayé de mettre un terme à un conflit imaginaire nous font un devoir de faire connaître leurs systèmes, sauf à y opposer nos objections.

Nous commençons par la théorie d'Aubry et Rau qui a quelque appui dans la tradition. Le mari, dit-on, comme chef de la communauté et malgré l'abstention de la femme, est autorisé à prendre possession des successions qui sont échues à la femme et d'en provoquer le partage en vertu de l'article 818. Sur quoi se fonde ce droit du mari? Il faut laisser d'abord de côté l'article 818 : peut-il être question de partager une succession avant qu'elle soit acceptée? La femme est saisie des biens héréditaires; mais la saisine ne donne aucun droit au mari jusqu'à ce que, héritière de droit, la femme devienne héritière de fait par l'acceptation de l'hérédité. Tout ce qui résulte de la saisine, c'est que les créanciers peuvent actionner l'héritier saisi, non pour obtenir une condamnation contre lui, mais pour le forcer à prendre qualité. Quant au mari, il n'a, comme chef de la communauté, que le droit de recueillir le mobilier héréditaire, après que la femme aura accepté la succession; l'appréhender avant toute acceptation, ce serait commettre une voie de fait, puisque le mari s'emparerait d'effets mobiliers sur lesquels il n'a aucun droit. A moins qu'on ne reconnaisse au mari le droit d'accepter pour la femme; or, les éditeurs de Zachariæ ne lui donnent pas ce droit, et ils n'admettent pas non plus que cette prise de possession du mobilier héréditaire oblige la femme. Ainsi il n'y a aucune acceptation, et néanmoins le mari pourrait

prendre possession de la succession! Cela est contraire à tout principe. Il faudrait un texte pour consacrer de pareilles anomalies.

Quelle va être la conséquence de cette prise de possession? Le mari n'est pas tenu des dettes comme héritier. Cela est d'évidence, puisque le mari est étranger à l'hérédité, et la prise de possession des objets héréditaires ne peut lui attribuer une qualité que le sang seul donne dans la succession *ab intestat*, ou la volonté du défunt dans la succession testamentaire. Est-ce que la prise de possession du mari lie la femme? La négative est tout aussi évidente; la femme ne peut pas devenir héritière malgré elle, puisque nul n'est héritier qui ne veut; elle peut donc renoncer à la succession tant qu'elle n'a pas accepté expressément ou tacitement. Supposons que la femme renonce; le mari devra restituer tout ce qu'il a perçu de l'hérédité, cela va sans dire; il peut même être contraint sur ses biens personnels s'il a négligé de constater par un inventaire la consistance et la valeur du mobilier héréditaire. Cette conséquence, admise par Aubry et Rau, compromet singulièrement leur théorie. Si le mari doit restituer le mobilier dont il avait pris possession, cela prouve qu'il n'avait aucun droit de l'appréhender. C'est un tiers qui s'empare, sans titre, d'une hérédité, un possesseur contre lequel le vrai héritier intente une action en pétition d'hérédité. Si le mari est condamné à restituer les biens héréditaires comme usurpateur, il est impossible qu'il ait jamais eu le droit de les appréhender. La position de la femme et du mari est plus étrange encore tant que la femme n'a point renoncé. Les créanciers, dit-on, peuvent poursuivre la femme et le mari, comme si la femme avait accepté avec autorisation maritale. Ceci est une fiction toute pure. Il y a eu un fait matériel auquel la femme est restée étrangère, puisqu'on suppose qu'elle n'a point accepté; et de cette prise matérielle de possession par le mari on conclut que la femme et le mari sont provisoirement héritiers, car ils peuvent être poursuivis comme tels. C'est une fiction étrange que le législateur seul aurait le droit de créer, et nous doutons fort qu'il la crée jamais. La femme n'est pas héritière,

elle n'a manifesté, ni par une déclaration expresse, ni par des actes d'héritier, qu'elle voulait accepter, et cependant elle sera poursuivie et condamnée comme si elle était héritière! Vainement renoncera-t-elle : on prétend que, malgré sa renonciation, elle sera tenue des condamnations prononcées contre elle, de sorte qu'elle sera tout ensemble acceptante et renonçante! Ce n'est pas là l'interprétation du code civil, c'est une nouvelle loi que les interprètes font et qu'ils font très-mal, comme cela leur arrive toujours quand ils se mettent en dehors et au-dessus de la loi.

La doctrine d'Aubry et Rau n'a d'autre appui que l'opinion de Renusson. On ne peut pas dire que ce soit une doctrine traditionnelle qui, admise dans l'ancien droit, doit aussi être suivie dans le droit moderne. L'avis de Renusson n'était pas celui de Pothier; il s'agit donc d'un point controversé, et on ne soutiendra certes pas que les auteurs du code aient suivi en ce point l'opinion de Renusson plutôt que celle de Pothier. Ils n'ont pas décidé la difficulté, puisqu'ils ne l'ont pas prévue. Il nous paraît donc inutile d'exposer l'opinion de Renusson, qui ne concorde pas en tout avec celle des éditeurs de Zachariæ; ce serait mêler une controverse ancienne à une controverse nouvelle, et nous ne voyons pas ce que la science y gagnerait (1).

441. L'opinion d'Aubry et Rau est restée isolée. Un de nos collègues de l'université de Liége, M. Thiry, a proposé une autre théorie. Il y a conflit entre le mari qui veut accepter et la femme qui refuse de le faire; donc il y a une contestation, et il appartient au juge de la décider. Nous nions le point de départ. Il n'y a pas de conflit. Le mari veut accepter, dit-on; nous répondons qu'il n'en a pas le droit, par la raison bien simple qu'il n'est pas successible. La femme ne veut pas accepter : c'est son droit. Ce droit peut se trouver en conflit avec les droits des créanciers, mais le mari n'est ni créancier, ni ayant droit;

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 374-376, et les notes 2 et 3, § 513. Renusson p. 221 et suiv.

donc entre lui et la femme il ne saurait y avoir un conflit de droits opposés. Qu'est-ce que le mari demandera à la justice? La femme n'agit point, elle s'abstient : le mari demandera-t-il que la femme soit tenue de prendre parti? Cela ne l'avancerait guère; car la femme, en supposant que le tribunal ait le droit de la mettre en demeure, renoncerait et, par suite, le mari serait sans droit aucun. On prétend que le juge accordera à la femme l'autorisation de renoncer, ou qu'il autorisera le mari à appréhender la succession. L'*autorisation de renoncer!* Mais la femme dira qu'elle n'a pas besoin de cette autorisation pour exercer un droit qui lui appartient et dont personne ne peut la priver. L'*autorisation d'appréhender la succession!* Nous répondrons que le juge se gardera bien d'autoriser une voie de fait, car la prise de possession, malgré l'opposition du vrai héritier, n'est rien qu'une voie de fait. On insiste et l'on dit que le mari agira en vertu de l'article 788. L'article 788! Il suppose d'abord que l'héritier a renoncé; dans l'espèce, la femme héritière s'abstient. Il suppose que les créanciers demandent la nullité de la renonciation faite en fraude de leur droit. Dans l'espèce, il n'y a pas de créancier, car le mari ne l'est pas; il n'y a pas de renonciation frauduleuse, car la femme ne renonce pas, et son abstention n'est pas frauduleuse, car elle ne porte atteinte à aucun droit. Appliquer l'article 788 à notre question, c'est détourner complétement de son sens naturel une disposition qui est faite pour un tout autre ordre d'idées (1). C'est ce que les interprètes font trop souvent. Cela ne s'appelle pas interpréter les lois, cela s'appelle leur faire violence en leur faisant dire ce qu'elles n'ont pas dit.

II. *Droits des créanciers de la succession.*

442. Quand une succession échoit à l'un des époux, les créanciers ont contre lui l'action qui leur appartient

(1) Thiry, dans la *Revue critique*, 1857, t. XI, p. 248, suivi par Rodière et Pont, t. II, p. 59, n° 768, combattu par Aubry et Rau, t. V, p. 374, note 2, § 513.

contre tout successible qui accepte l'hérédité à laquelle il est appelé. Cette action est une action personnelle née de l'acceptation; l'époux, en acceptant, s'oblige personnellement envers les créanciers; c'est la confirmation de la saisine, en vertu de laquelle il est saisi de plein droit des biens du défunt, sous l'obligation d'acquitter toutes les charges de la succession (art. 724); il est tenu indéfiniment de cette obligation, comme tout débiteur (art. 2092, 2093). Les créanciers ont-ils aussi action contre la communauté? Oui, quand le mari est héritier, par application du principe que toute dette du mari est une dette de communauté. Si la succession échoit à la femme, il y a des distinctions à faire, comme nous le dirons plus loin. La femme est toujours tenue sur ses biens, de quelque manière qu'elle accepte : c'est le droit commun. Si la femme accepte avec autorisation de justice, les créanciers n'ont d'action que sur le patrimoine de la femme, c'est-à-dire sur la nue propriété de ses propres. Si elle accepte avec autorisation du mari, elle oblige, en principe, la communauté; toutefois il y a, dans ce cas, des dérogations au droit commun, puis des retours au droit commun; nous y reviendrons.

443. Le code ne déroge pas au droit commun qui régit les rapports des créanciers avec les héritiers. Il va sans dire que les époux peuvent accepter sous bénéfice d'inventaire et que, dans ce cas, ils ne sont tenus des dettes que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'ils recueillent (art. 802), ce qui profite naturellement à la communauté, puisque la communauté n'est autre chose que les époux associés.

Il y a un autre principe de droit commun qui reçoit son application à la communauté. L'es auteurs disent que les créanciers ont toujours une action directe sur les biens de la succession qui sont leur gage, quelle que soit la succession et de quelque manière qu'elle soit acceptée. Cela est trop absolu. Le gage que les créanciers personnels ont sur les biens de leur débiteur n'est pas un droit réel que les créanciers puissent exercer à l'égard de tous; leur action sur les biens n'est qu'une dépendance de leur action

contre la personne. Que devient ce gage quand le débiteur meurt? Reste-t-il attaché aux biens, de sorte que les créanciers puissent poursuivre directement les biens héréditaires? Non. Ils ont action contre l'héritier, comme représentant de la personne du défunt, si l'héritier accepte purement et simplement, et, par suite, ils ont action sur ses biens dans lesquels viennent se confondre les biens de l'hérédité. En ce sens, les créanciers ont certainement pour gage les biens héréditaires; mais ce n'est pas un droit direct, ils ne peuvent pas poursuivre les biens héréditaires comme tels, leur action doit être dirigée contre la personne de l'héritier, et si l'héritier ne satisfait pas à l'obligation, ils poursuivent les biens, non pas les biens héréditaires, mais tous les biens qui composent le patrimoine de l'héritier devenu leur débiteur, et sur ces biens ils concourent avec les créanciers personnels de l'héritier. Tel est le droit commun, et le code n'y a certes pas dérogé.

La loi donne aux créanciers de la succession un moyen de conserver le gage qu'ils avaient sur les biens du défunt, et d'être payés directement sur les biens, par préférence aux créanciers de l'héritier, c'est la séparation de patrimoines (art. 878). S'ils demandent la séparation du patrimoine du défunt d'avec le patrimoine de l'héritier, ils auront une action directe sur les biens héréditaires, et ils seront préférés, sur ces biens, aux créanciers de l'héritier. Si les créanciers ne demandent pas la séparation de patrimoines, les biens héréditaires se confondent avec les biens de l'héritier et, par suite, les créanciers n'ont plus d'action directe sur les biens de l'hérédité, distincte de celle qu'ils ont sur les autres biens de l'héritier. Tel est le droit commun, et la loi n'y déroge pas, sauf dans le cas prévu par l'article 1417 sur lequel nous reviendrons plus loin (1).

C'est donc mal s'exprimer que de dire, comme on le fait, que les créanciers conservent le droit d'agir directement sur les biens de la succession, et, en conséquence, de pro-

(1) Zachariæ, traduction de Massé et Vergé, t. IV, p. 136, note 36, et p. 133, note 15. Les éditeurs ont tort, à notre avis, de combattre la doctrine de Zachariæ.

voquer la séparation des patrimoines; il faut dire que si les créanciers veulent avoir le droit d'agir directement sur les biens héréditaires, ils doivent demander la séparation des patrimoines. Les mêmes auteurs s'expriment d'une manière trop absolue en disant que les créanciers ont, dans tous les cas, pour premier gage les biens de la succession (1); il faut sous-entendre, à la condition qu'ils demandent la séparation des patrimoines; et il est bon de l'ajouter, pour prévenir toute erreur, car on pourrait croire que les créanciers peuvent, en vertu de leur droit de gage, agir avant tout sur les biens de l'hérédité sans agir contre les héritiers, ce qui certainement est une erreur.

444. Il faut encore rappeler ce que nous avons dit plus haut (nos 396 et 397), que la loi suit, en matière de successions échues aux époux, un système différent de celui qu'elle suit pour les dettes antérieures au mariage; celles-ci tombent ou ne tombent pas en communauté, selon qu'elles sont mobilières ou immobilières, tandis que les dettes des successions tombent dans le passif quand la succession entre dans l'actif, sans qu'il y ait à distinguer si les dettes sont mobilières ou immobilières. Une succession purement mobilière peut être grevée de dettes immobilières; celles-ci entrent en communauté, aussi bien que les dettes mobilières, et par la même raison, c'est que la communauté profitant de l'actif héréditaire doit aussi supporter le passif. Nous disons qu'elle doit *supporter* le passif des successions dont elle profite, car elle n'en est pas seulement tenue à l'égard des créanciers, elle en est aussi tenue à l'égard de l'époux héritier; toujours sans distinction de la nature des dettes. Nous verrons plus loin les conséquences de ce principe.

No 2. DES SUCCESSIONS MOBILIÈRES.

I. *Du payement des dettes.*

445. Aux termes de l'article 1411, « les dettes des successions purement mobilières qui sont échues aux époux

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 37, no 744, et p. 56, no 765. Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 123, no 52 *bis* II

pendant le mariage sont pour le tout à la charge de la communauté. » La raison en est que la communauté profite de la totalité de la succession; on peut donc lui appliquer le principe qu'il n'y a de biens que déduction faite des dettes : principe de toute justice, puisque la charge doit être pour celui qui a les émoluments.

446. Pour l'application du principe, il faut distinguer si la succession échoit au mari ou à la femme. Quant aux successions qui échoient au mari, il n'y a aucune difficulté; il est héritier, il accepte ou il répudie, il accepte purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire, et il exerce tous ces droits avec une entière liberté. Quand il accepte, il devient débiteur personnel; les créanciers ont donc action sur les biens propres du mari; ils ont de plus action sur les biens de la communauté, puisque les dettes des successions mobilières entrent en communauté, et y entrent, comme nous venons de le dire (n° 444), sans distinguer si elles sont mobilières ou immobilières; la communauté ayant tout l'émolument doit aussi avoir toutes les charges.

Si le créancier, au lieu d'agir contre la communauté, s'en tient aux biens du mari, celui-ci aura une récompense contre la communauté, car il a payé une dette que la communauté doit supporter; il y a donc lieu d'appliquer le principe des récompenses : toutes les fois que la communauté tire un profit des biens personnels de l'un des époux, elle lui en doit récompense (art. 1433). Si le mari a été obligé de payer toute la dette comme héritier pur et simple, il aura droit à une indemnité pour le montant total de la dette, alors même que l'actif héréditaire serait insuffisant pour l'acquitter. C'est une conséquence du pouvoir du mari : toute dette du mari est une dette de communauté, quand même la dette ne profiterait pas à la communauté (n° 435) (1).

447. Quand une succession mobilière échoit à la femme il faut distinguer; elle ne jouit pas de la liberté d'action qui appartient au mari, il lui faut une autorisation (arti-

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 56, n° 765. Aubry et Rau, t. V, p. 377, § 513.

cle 776) pour accepter la succession; et les conséquences, quant aux droits des créanciers, sont bien différentes, selon que la femme est autorisée du mari ou de justice.

Si la femme accepte avec autorisation maritale, on applique le principe général formulé par l'article 1419 : la femme qui s'oblige avec le consentement du mari oblige la communauté. Elle s'oblige aussi personnellement; de là la conséquence que les créanciers ont action sur les biens de la femme, c'est-à-dire sur la nue propriété de ses propres; ils peuvent poursuivre la communauté, ils peuvent agir contre le mari, puisque toute dette de communauté est dette du mari. Toutefois, c'est la communauté qui doit supporter les dettes de la succession mobilière; si donc la femme la paye sur ses propres, elle a droit à une récompense, de même que le mari s'il est poursuivi sur ses biens personnels. L'indemnité est du montant total de la dette, puisque la dette est, pour le tout, à charge de la communanté (1).

448. Il en est tout autrement quand la femme accepte avec autorisation de justice. Elle est toujours personnellement obligée; les créanciers peuvent donc la poursuivre sur la nue propriété de ses propres (n° 431). La communauté sera-t-elle tenue des dettes? En principe, non, puisque les dettes contractées avec autorisation de justice n'entrent pas en communauté. Toutefois, il se peut que, de fait, la communauté ait recueilli le mobilier héréditaire et en ait profité. Dans ce sens, elle sera tenue à raison de ce profit et jusqu'à concurrence de l'avantage qu'elle en a retiré, et comme toute dette de la communauté est une dette du mari, celui-ci sera tenu dans les mêmes limites. Le créancier, dans cette hypothèse, s'adressera naturellement à la femme, puisqu'elle est tenue des dettes sur son patrimoine, et indéfiniment si l'acceptation a été pure et simple. La femme obligée de payer le total de la dette aura-t-elle un recours contre la communauté? En principe, non, puisque la communauté n'est pas tenue; mais si la communauté a profité du mobilier héréditaire, la

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 57, n° 766. Aubry et Rau, t. V, p. 377, § 513.

femme a un recours contre la communauté jusqu'à concurrence de l'avantage que celle-ci a retiré du mobilier (1).

Ce que nous venons de dire suppose que le mobilier héréditaire a été légalement constaté, c'est-à-dire que le mari en a fait inventaire. La communauté, dans ce cas, n'est pas tenue des dettes, sauf en tant qu'elle a profité du mobilier héréditaire. Le mari peut donc, s'il est poursuivi par les créanciers, leur abandonner les valeurs inventoriées, et s'il leur abandonne tout ce qu'il a reçu, il sera à l'abri de toute poursuite. Mais que faut-il décider si le mari n'a pas fait inventaire? L'article 1416 ne prévoit pas la difficulté; il faudra appliquer par analogie ce que l'article 1416 dit des successions partie mobilières, partie immobilières. Si le mari a confondu le mobilier héréditaire dans celui de la communauté sans un inventaire préalable, il pourra être poursuivi sur les biens de la communauté, et, par suite, sur ses biens personnels. La raison en est que les créanciers ont action contre le mari comme détenteur du mobilier héréditaire; ce mobilier, dans notre opinion (n° 436), est la propriété de la femme, donc il fait partie du gage de ses créanciers; à ce titre, les créanciers peuvent le saisir. La confusion du mobilier héréditaire et de celui de la communauté met les créanciers dans l'impossibilité d'exercer ce droit; ils doivent donc avoir le droit de poursuivre le mari indéfiniment, comme détenteur de valeurs qui sont leur gage et que le mari n'avait pas qualité d'appréhender. Le mari étant dans l'impossibilité de prouver quelle est la consistance et la valeur du mobilier héréditaire qu'il a recueilli, est forcément tenu de payer la totalité des dettes (2).

449. Pothier prévoit une difficulté dont il donne la solution. L'un des époux est créancier du défunt. Son droit sera-t-il éteint par confusion? Pour que la question puisse se présenter, il faut supposer que la créance lui reste propre, parce qu'il se l'est réservée propre. Pothier

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 57, n° 767 Colmet de Santerre, t. VI. p. 124, n° 52 *bis* III

(2) Duveyrier, *Rapport*, n° 21 (Locré, t. VI, p. 420). Colmet de Santerre, t. VI, p. 123, n° 52 *bis* II.

décide que la créance ne s'éteint point; et il en est de même si l'époux héritier était débiteur d'une dette qui lui est restée propre. Pourquoi n'y a-t-il pas confusion? Pothier répond que la communauté doit être considérée comme cessionnaire des droits successifs; or, le cessionnaire d'une succession doit faire raison à l'héritier des créances que celui-ci avait contre le défunt, et l'héritier doit faire raison au cessionnaire des dettes qu'il avait envers le défunt. Les auteurs modernes reproduisent la décision de Pothier avec le motif qu'il donne (1). Dans l'opinion que nous avons enseignée, la mise en communauté n'est pas une aliénation (n[os] 210-211); donc l'époux héritier ne cède pas ses droits successifs à la communauté et, par conséquent, on ne peut pas appliquer le principe de la cession. Toutefois la décision doit rester la même; elle se fonde sur le caractère particulier de la confusion. Nous avons dit, au titre des *Obligations*, que la confusion n'éteint point la dette, qu'elle entraîne seulement une impossibilité d'agir, le créancier devenu débiteur ne pouvant pas se poursuivre lui-même; de là suit que la confusion ne produit plus aucun effet lorsque cette impossibilité d'agir n'existe point. Or, l'époux héritier peut poursuivre la communauté, en ce sens qu'il a droit à une récompense; la communauté qui profite de la succession doit faire raison à l'époux de la créance que celui-ci avait contre le défunt; il n'y a donc pas impossibilité d'agir, partant il n'y a pas de confusion.

II. *Contribution.*

430. La communauté qui paye une dette quelconque, mobilière ou immobilière, dont se trouve grevée la succession mobilière qui entre dans son actif, a-t-elle une récompense à exercer contre l'époux héritier? Non, la communauté est tenue des dettes et elle les supporte sans récompense. Le texte de la loi le dit : les dettes, aux

(1) Pothier, *De la communauté*, n[os] 262-263. Aubry et Rau, t. V, p. 377 et suiv. et note 7, § 513, et tous les auteurs, sauf Toullier, t. VI, 2, p. 261, n° 293

termes de l'article 1411, sont *à la charge* de la communauté, donc c'est elle qui les supporte. La raison en est qu'elle a tout l'émolument. Loin d'avoir droit à une récompense, c'est elle qui doit une récompense à l'époux héritier qui a payé sur ses biens une dette héréditaire que la communauté doit supporter.

Il y a un cas dans lequel les dettes de la succession échue à la femme n'entrent pas en communauté, c'est quand la femme, au refus du mari, accepte la succession avec autorisation de justice. Si, dans ce cas, la communauté payait une dette héréditaire, à la décharge de la femme, pour éviter l'expropriation de ses propres, elle aurait une récompense en vertu du droit commun formulé par l'article 1437, car l'époux aurait retiré un profit personnel de la communauté pour conserver ses immeubles propres.

Nº 3. DES SUCCESSIONS IMMOBILIÈRES.

I. *Du payement.*

451. L'article 1412 porte : « Les dettes d'une succession purement immobilière qui échoit à l'un des époux pendant le mariage, ne sont point à la charge de la communauté. » La communauté ne les supporte donc pas ; la raison en est qu'elle ne profite pas de l'actif. La succession étant purement immobilière reste propre à l'époux héritier ; c'est donc lui qui est tenu des dettes qui la grèvent et c'est lui qui doit les supporter. Cela n'est vrai d'une manière absolue que pour ce qui regarde la contribution ; nous dirons à l'instant que la communauté peut être tenue de payer les dettes sur la poursuite des créanciers du mari.

L'article 1412 ajoute : « Sauf le droit qu'ont les créanciers de poursuivre leur payement sur les immeubles de ladite succession. » Il n'est pas exact de dire que les créanciers ont une action directe sur les immeubles de la succession, car il s'agit des créanciers chirographaires, et ceux-ci n'ont d'action que contre la personne de l'héritier, et accessoirement sur ses biens, parmi lesquels se trou-

vent les immeubles héréditaires. Les créanciers ne peuvent avoir d'action directe sur les biens de la succession que lorsqu'ils ont demandé la séparation des patrimoines (n° 443). L'article 1412 déroge aux principes sous un autre rapport, en permettant aux créanciers de poursuivre leur payement sur la toute propriété des immeubles héréditaires. La communauté a l'usufruit des immeubles propres des époux ; l'usufruit n'appartient donc pas à l'époux héritier, il appartient à la communauté ; or, les créanciers d'une succession immobilière n'ont pas, en général, d'action contre la communauté, ils ne peuvent donc pas poursuivre leur payement sur l'usufruit. L'article 1412 déroge à ce principe. Cela n'est guère douteux quand on combine l'article 1412 avec l'article 1417 ; nous y reviendrons en expliquant cette dernière disposition (n° 458).

Il y a encore une remarque à faire sur la rédaction de l'article 1412. Le capital des dettes n'entre pas en communauté, mais celle-ci est tenue des intérêts en vertu du n° 3 de l'article 1409 ; la communauté perçoit les fruits des biens qui appartiennent aux époux, elle perçoit donc l'émolument des successions immobilières quant aux revenus ; dès lors il est juste qu'elle soit tenue des intérêts qui se payent sur les revenus.

452. Le deuxième alinéa de l'article 1412 contient une dérogation au principe tel qu'il est formulé par le premier : « Néanmoins, si la succession est échue au mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement soit sur tous les biens propres, soit même sur ceux de la communauté, sauf, dans ce second cas, la récompense due à la femme ou à ses héritiers. » Cette disposition est aussi mal rédigée. Le mot *néanmoins* indique une exception. Or, il n'y a point d'exception dans ce que dit la loi. Il est évident que ce n'est pas par exception que les créanciers ont le droit de poursuivre le mari sur ses biens propres ; il est héritier, il est donc tenu sur ses biens, et *ultra vires* s'il accepte purement et simplement : c'est le droit commun. C'est encore en vertu du droit commun que les créanciers peuvent poursuivre les biens de la communauté, car toute dette du mari est dette de communauté

à l'égard des créanciers, sauf récompense. Ces inexactitudes de rédaction viennent de ce que la loi ne distingue pas l'obligation de la communauté de payer les dettes et la contribution aux dettes. Il est inutile d'insister sur cette critique, puisque les principes sont certains (1).

453. Si la succession purement immobilière est échue à la femme, il faut distinguer, d'après l'article 1413. Quand la femme l'accepte du consentement de son mari, les créanciers de la succession peuvent poursuivre leur payement sur tous les biens personnels de la femme. Ici il y a dérogation à un principe fondamental du régime de communauté. La femme oblige la communauté lorsqu'elle s'oblige avec autorisation maritale (art. 1409, n° 1, et 1419); or, la femme qui, autorisée de son mari, accepte une succession, s'oblige envers les créanciers, du consentement de son mari; donc cette obligation devrait tomber dans la communauté, sauf récompense. L'article 1412 rejette cette conséquence du principe; il ne donne action aux créanciers que sur les biens personnels de la femme. Quel est le motif de cette exception? La loi n'applique pas le principe, parce que les raisons qui seules le justifient ne reçoivent pas d'application au cas qu'elle prévoit dans l'article 1413. Pourquoi l'obligation contractée par la femme du consentement de son mari tombe-t-elle dans le passif de la communauté? Parce que la loi suppose que la dette est contractée dans l'intérêt de la communauté ou du mari, ce qui revient au même. Or, cette supposition ne peut pas se faire quand il s'agit de dettes grevant une succession immobilière; c'est le défunt qui les a contractées, et il ne les a certes pas contractées dans l'intérêt de la communauté, puisque celle-ci ne profite pas de l'actif héréditaire. Faire payer ces dettes à la communauté, ce serait donc la forcer à payer une dette qui lui est évidemment étrangère. La loi laisse là les suppositions qui ont fait établir le principe de l'article 1419, pour en revenir à la règle du droit commun, en vertu de laquelle le créancier n'a d'action que sur les biens de son débiteur.

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 60, n° 770.

Toutefois la loi déroge, en un point, au droit commun. La femme, sous le régime de communauté, n'a d'autres biens que la nue propriété de ses propres; donc, en s'obligeant, elle n'oblige que cette nue propriété; tandis que, d'après l'article 1413, elle oblige la toute propriété de ses biens, car c'est là ce que la loi entend en disant que les créanciers peuvent poursuivre leur payement sur tous les biens personnels de la femme; la suite de l'article le prouve. Si la femme n'accepte qu'avec autorisation de justice, au refus du mari, les créanciers ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des biens personnels de la femme, ce qui implique qu'ils ont un droit autre et plus considérable lorsque la femme accepte avec autorisation maritale : le mari, en l'autorisant, ne donne pas aux créanciers action sur la communauté, mais il leur donne un droit que la justice ne peut pas leur accorder, un droit sur l'usufruit des propres de la femme; le mari y renonce au profit des créanciers quand il autorise la femme à accepter la succession; ce qui se comprend, puisque, par contre, le mari gagne les revenus des immeubles compris dans la succession. C'est un effet tout spécial de l'autorisation maritale, parce que le cas est tout spécial (1).

454. « Si la succession n'a été acceptée par la femme que comme autorisée en justice, au refus du mari, les créanciers, en cas d'insuffisance des immeubles de la succession, ne peuvent se pourvoir que sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme. » Il résulte de cette disposition de l'article 1413 que les créanciers doivent d'abord poursuivre leur payement sur les biens de la succession. Cela veut-il dire que les créanciers ont action sur la toute propriété des immeubles héréditaires? Si l'on entendait la loi en ce sens, elle dérogerait aux principes généraux, sans qu'il y eût une raison de cette exception. En effet, la femme est propriétaire des biens en vertu de la saisine et de l'acceptation; les biens de la succession se confondent avec ses biens personnels, et ne forment qu'un

(1) Duranton, t. XIV, p. 322, n° 236. En sens contraire, Toullier (t. VI, 2, p. 282, n° 250), dont l'opinion est combattue par tous les auteurs (Troplong, t. I, p. 258, n°s 799-804).

seul et même patrimoine, qui lui reste propre quant à la nue propriété, et qui entre en communauté quant à l'usufruit. La justice, en autorisant la femme à accepter, ne peut l'autoriser à s'obliger que sur les biens qui lui appartiennent, c'est-à-dire sur la nue propriété de ses propres, sans qu'il y ait à distinguer les biens héréditaires des autres biens de la femme. Il est vrai que, dans ce cas, les créanciers perdent une partie de leur gage, l'usufruit des biens de la succession. C'est une conséquence du pouvoir que le mari a sur les biens de la communauté. Ils ne pourraient pas même éviter cette perte en demandant la séparation des patrimoines, car ce bénéfice n'assure leur gage que contre les créanciers de l'époux; or, ici le conflit existe entre les créanciers et la communauté, qui a droit à la jouissance en vertu des conventions matrimoniales.

D'après cette interprétation, la fin de l'article 1413 n'a d'autre objet que de déterminer l'ordre dans lequel les créanciers doivent agir sur les biens de la femme; d'abord ils doivent poursuivre les biens héréditaires, puis les biens personnels de l'époux; dans l'un et l'autre cas, ils n'ont d'action que sur la nue propriété des propres de la femme. L'article 1417 contient une disposition analogue en ce qui concerne les successions partie mobilières partie immobilières échues à la femme; nous y reviendrons (1).

II. *De la contribution.*

455. La communauté ne profite des successions immobilières que par les fruits qu'elle perçoit; elle ne doit donc supporter les dettes qui les grèvent que quant aux intérêts; quant au capital, les dettes ne sont pas à la charge de la communauté; ce sont les expressions de l'article 1412, elles se rapportent à la contribution plutôt qu'à l'obligation du payement des dettes. Il en résulte que si la communauté paye une dette d'une succession immobilière, elle a droit à une récompense contre l'époux héritier. La communauté est tenue de payer les dettes quand le mari est

(1) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 127, n° 55 *bis* I.

héritier; celui-ci doit, dans ce cas, une indemnité, puisque c'est lui, en qualité d'héritier, qui supporte la charge des dettes, de même qu'il a tout l'émolument de l'actif héréditaire. Quand la femme est héritière, la communauté n'est pas tenue de payer les dettes, mais il se peut qu'elle les paye pour éviter l'expropriation des biens de la femme; elle aura droit à une récompense, par application du principe général de l'article 1437, aux termes duquel l'époux doit récompense toutes les fois qu'il a tiré un profit personnel des biens de la communauté.

Nº 4. DES SUCCESSIONS PARTIE MOBILIÈRES PARTIE IMMOBILIÈRES.

I. *Du payement.*

456. Quand la succession est partie mobilière partie immobilière, le mobilier tombe en communauté et les immeubles restent propres à l'époux héritier. L'article 1414 en déduit la conséquence que les dettes sont supportées par la communauté et par l'époux dans la proportion de la valeur du mobilier et de celle des immeubles. Ce principe ne concerne que la contribution. Quant au payement des dettes, il faut distinguer si la succession est échue au mari ou à la femme. Est-elle échue au mari, les créanciers peuvent poursuivre le mari sur ses biens personnels et ils ont aussi action contre la communauté, même pour la partie des dettes que le mari doit supporter à raison du mobilier qu'il recueille. La raison en est qu'à l'égard des créanciers toute dette du mari est une dette de communauté, sauf récompense (art. 1416).

457. Si la succession est échue à la femme, il faut distinguer. Lorsque la femme l'accepte du consentement de son mari, les créanciers ont d'abord action sur les biens personnels de la femme; ils peuvent aussi poursuivre la communauté et, par suite, le mari, par application du principe que toute dette de communauté est une dette du mari. Pourquoi l'article 1416 donne-t-il action aux créanciers contre la communauté? On peut dire que c'est une conséquence du principe formulé par l'article 1419 : en

acceptant, la femme s'oblige à l'égard des créanciers avec autorisation du mari, donc cette obligation tombe en communauté : c'est le droit commun. Mais le code déroge au droit commun en ce qui concerne les successions immobilières ; les dettes de ces successions ne peuvent pas être poursuivies contre la communauté, bien que la femme accepte du consentement de son mari ; nous avons dit le motif de cette dérogation à la règle de l'article 1419 (n° 453). Logiquement, la loi aurait dû appliquer la disposition exceptionnelle de l'article 1413 au cas d'une succession partie mobilière partie immobilière, parce qu'il y a identité de motifs. Si, dans une succession de 100,000 fr., il y a des immeubles pour 50,000, les dettes qui grèvent ces immeubles sont étrangères à la communauté ; on ne peut donc pas leur appliquer la règle de l'article 1419. Néanmoins la loi, dérogeant à l'article 1413, revient au principe de l'article 1419. De motif juridique de cette anomalie, il n'y en a point, on n'en peut donner qu'une raison de fait : le législateur a voulu favoriser l'action des créanciers en simplifiant la poursuite. Si les créanciers n'avaient eu d'action contre la communauté que jusqu'à concurrence de la portion pour laquelle elle y doit contribuer, ils auraient dû commencer par établir quelle est cette portion contributoire ; ce calcul aurait pu donner lieu à des difficultés qui auraient entravé l'action des créanciers. Le législateur a pensé que les créanciers ne devaient pas souffrir de retard dans leur payement par la circonstance que la succession échoit à une femme mariée ; il est plus simple et plus équitable que les époux règlent la contribution entre eux et que les créanciers aient le droit d'agir d'après le droit commun (1).

458. Si la succession a été acceptée par la femme avec autorisation de justice, il y a une nouvelle distinction à faire. Bien que le mari refuse son autorisation, il doit avoir soin de constater par un inventaire la consistance et la valeur du mobilier. La loi lui en fait un devoir, pour

(1) C'est l'explication généralement admise. Aubry et Rau, t. V, p. 380, note 12, § 513. Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 134, n° 60 *bis* III, qui donne une autre explication, moins satisfaisante, à notre avis

éviter les difficultés que ferait naître la confusion du mobilier héréditaire avec le mobilier de la communauté. S'il y a eu inventaire, l'article 1417 dispose que les créanciers ne peuvent poursuivre leur payement que sur les biens tant mobiliers qu'immobiliers de ladite succession et, en cas d'insuffisance, sur la nue propriété des autres biens personnels de la femme. C'est une disposition analogue à celle de l'article 1413; en l'entendant à la lettre, il est difficile de la concilier avec les principes qui régissent les droits des créanciers. Que la femme accepte comme autorisée de justice, ou du consentement de son mari, peu importe, les biens qu'elle recueille se confondent toujours avec ses biens personnels et ne forment qu'un seul et même patrimoine. Les créanciers n'ont qu'une action personnelle contre la femme et sur la nue propriété de ses propres; or, parmi ces propres se trouvent les biens héréditaires; quant à la jouissance, elle appartient à la communauté, et les créanciers n'ont pas d'action contre la communauté, ils ne peuvent donc pas avoir d'action sur l'usufruit des propres de la femme; la loi le dit pour les biens personnels, les créanciers n'en peuvent poursuivre que la nue propriété; or, les biens de la succession et les biens de la femme ne font qu'un seul patrimoine. Néanmoins la loi semble donner aux créanciers un droit de poursuite sur la toute propriété des biens de la succession tant mobiliers qu'immobiliers, par opposition aux biens personnels, dont ils ne peuvent poursuivre que la nue propriété. Ainsi entendu, l'article 1417 est en opposition avec les principes que nous venons de rappeler, et nous ne voyons pas de motif qui justifierait cette dérogation. Vainement dit-on que les biens de l'hérédité sont le gage des créanciers; nous avons déjà dit que cela n'est pas exact si l'on entend par là un droit réel (n° 443); ce droit de gage n'empêche pas les biens héréditaires d'entrer dans le patrimoine de l'époux héritier et d'être frappés du droit de jouissance qui appartient à la communauté; c'est seulement dans ces limites que les biens de la succession restent le gage des créanciers. Toutefois, le texte ne permet guère d'autre interprétation. Il faut donc admettre que la loi déroge à la rigueur

des principes, sans doute par une considération d'équité : les biens de la succession étaient le gage des créanciers pour la toute propriété; il est juste que les créanciers conservent ce gage, quoique l'un des héritiers soit un époux commun en biens.

L'article 1417 ajoute que les créanciers doivent, avant tout, poursuivre leur payement sur les biens de la succession; c'est seulement en cas d'insuffisance de ces biens qu'ils peuvent poursuivre la nue propriété des autres biens personnels de la femme. Cette disposition se conçoit si l'on admet que les créanciers ont une action sur la toute propriété des biens héréditaires; il convient de vendre ces biens avant de procéder à la vente de la nue propriété des biens personnels de la femme; car la nue propriété se vend mal et, de plus, le mari a intérêt à ce qu'elle ne se vende pas, car il lui est plus avantageux d'avoir la jouissance des biens qui appartiennent à sa femme que d'être usufruitier de biens qui appartiennent à un tiers, ce qui donne lieu à des conflits fréquents. La disposition de l'article 1417 ne se conçoit pas dans l'interprétation que nous aurions voulu donner à la loi, en la conciliant avec les principes généraux; si les créanciers ne peuvent poursuivre que la nue propriété des biens héréditaires, il n'y a plus de raison pour qu'ils les poursuivent avant les biens personnels des époux. Il faut donc admettre que la loi déroge au droit commun.

459. Si la femme accepte avec autorisation de justice et si le mari a confondu le mobilier héréditaire dans celui de la communauté sans un inventaire préalable, la loi donne action aux créanciers contre la communauté et, par suite, contre le mari, comme si la succession avait été acceptée de son consentement (art. 1416). Nous avons déjà dit les motifs de cette disposition que l'on applique par analogie aux successions mobilières que la femme accepte avec autorisation de justice (n° 448). Quand le mari refuse l'autorisation d'accepter une succession partie mobilière partie immobilière, les biens héréditaires, meubles et immeubles, restent la propriété de la femme, le mari n'en a que la jouissance. Mais le mari doit s'attendre à ce que

les créanciers poursuivent les biens héréditaires, la succession devant être obérée, puisque le mari ne veut pas que la femme l'accepte. Dès lors il ne doit pas confondre le mobilier héréditaire dans celui de la communauté, puisque c'est empêcher les créanciers d'agir sur le mobilier qui est leur gage; si le mari néglige de faire inventaire, les créanciers pourront toujours le poursuivre comme détenteur du mobilier héréditaire, et ils pourront le poursuivre indéfiniment, puisque rien ne prouve, à défaut d'inventaire, que le mobilier de la succession soit insuffisant; le mari s'est mis par sa négligence dans l'impossibilité de prouver l'insuffisance ; les conséquences de sa faute doivent retomber sur lui, et non sur les créanciers (1).

II. *De la contribution.*

460. Il y a lieu à récompense, d'abord, dans l'hypothèse que nous venons d'examiner. La succession partie mobilière partie immobilière est échue à la femme, le mari n'a pas fait inventaire; les créanciers ont action contre la communauté, quand même la femme aurait accepté avec autorisation de justice. Sur la poursuite des créanciers, le mari doit payer la totalité des dettes. A-t-il droit à une récompense? L'affirmative n'est pas douteuse. Ce n'est pas le cas d'appliquer l'article 1416, qui décide la question du payement des dettes, c'est-à-dire de l'action des créanciers contre la communauté. Quant à la contribution, elle est réglée par l'article 1414, lequel est ainsi conçu : « Lorsque la succession échue à l'un des époux est en partie mobilière et en partie immobilière, les dettes dont elle est grevée ne sont à la charge de la communauté que jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles. » Cette disposition est générale et s'applique à toutes les hypothèses, que la succession soit échue à la femme ou au mari, et que la femme l'accepte avec autorisation du mari ou de justice. Les distinctions

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 135, n° 60 *bis* V.

que font les articles 1416 et 1417 ne regardent que les rapports de la communauté avec les créanciers; quant aux rapports des époux entre eux, ils sont réglés par l'article 1414, lequel ne fait aucune distinction et applique à toutes les hypothèses le principe des récompenses. Il y a lieu à récompense en faveur de la communauté dans tous les cas où elle paye des dettes qui doivent être supportées par les époux; donc dans le cas où la femme accepte la succession avec autorisation de justice, sans que le mari ait fait inventaire. La communauté doit, dans ce cas, payer les créanciers; elle paye donc des dettes qu'elle ne doit pas supporter, partant elle a une récompense. Quel sera le montant de cette indemnité? On applique les principes généraux. Si la communauté a profité de tout ou partie du mobilier, elle est tenue des dettes jusqu'à concurrence du profit qu'elle en a retiré; elle n'aura donc droit à une récompense que pour l'excédant. Comment le mari prouvera-t-il qu'il a payé les dettes au delà de la portion que la communauté devait y supporter? A défaut d'inventaire, il pourra prouver par titres la consistance et la nature du mobilier. Il ne sera pas admis à faire cette preuve par témoins, puisqu'il avait une voie légale de se procurer une preuve authentique en faisant inventaire; par conséquent, il reste sous l'empire du droit commun. Si les créanciers avaient poursuivi le mari, comme ils en ont le droit dans tous les cas où la communauté est obligée de payer, c'est le mari qui aurait droit à la récompense. Enfin la récompense serait due à la femme si les créanciers avaient poursuivi ses propres pour une dette que la communauté doit supporter, à raison du profit qu'elle tire du mobilier héréditaire (1).

L'hypothèse la plus fréquente dans laquelle la communauté a droit à une récompense est celle de l'acceptation d'une succession partie mobilière, partie immobilière par le mari ou par la femme avec autorisation maritale. Dans ces deux cas, les créanciers peuvent poursuivre la communauté pour la totalité des dettes, bien qu'elle ne doive les

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 135, n° 60 *bis* VI.

supporter que pour une partie jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier. Quels sont les principes qui régissent ces récompenses? Nous les exposerons plus loin; pour le moment, nous n'avons qu'à expliquer les articles 1414 et 1415.

461. Tient-on compte, dans le règlement de la contribution, de la nature des dettes, selon qu'elles sont mobilières ou immobilières? La négative est admise par tout le monde, sauf le dissentiment de Bellot des Minières dont l'opinion est restée isolée (1). En principe, il n'y a pas lieu de distinguer entre les dettes mobilières et les dettes immobilières quand il s'agit de savoir qui les supporte. Elles sont à la charge de l'héritier, comme conséquence de la saisine; l'héritier est saisi des biens sous l'obligation d'acquitter *toutes les charges* de la succession; il en est tenu comme le défunt en était tenu, donc sans distinction aucune. Si la succession échoit à un époux commun en biens, l'époux prend les immeubles et la communauté prend les meubles : comment supporteront-ils les dettes? Est-ce à raison de la nature des biens, de sorte que la communauté devrait supporter les dettes mobilières, et l'époux les dettes immobilières? L'article 1414 ne dit pas cela et il ne pouvait le dire sans déroger aux principes élémentaires des successions. Si l'époux doit supporter toutes les dettes quand il prend seul l'hérédité, il doit les supporter pour une fraction quand il prend une partie des biens, les immeubles, et la communauté en doit supporter une fraction, puisqu'elle prend le mobilier héréditaire. Cette fraction dépend, non de la nature des dettes, mais de la consistance et de la valeur des biens que la communauté et l'époux recueillent. C'est ce que dit l'article 1414 : la communauté supporte les dettes jusqu'à concurrence de la portion contributoire du mobilier dans les dettes, eu égard à la valeur de ce mobilier comparée à celle des immeubles. Nous avons dit plus haut (n° 397) que le code ne suit pas, en matière de successions, le principe qu'il suit pour les dettes antérieures au mariage; la distinction entre les

(1) Voyez les citations dans Aubry et Rau, t. V, 379, note 10, § 513

dettes mobilières et les dettes immobilières aurait conduit à un résultat très-injuste, c'est de charger la communauté de toutes les dettes, bien qu'elle ne recueille qu'une partie de la succession. En effet, presque toutes les dettes sont mobilières ; si elles étaient à la charge du mobilier, la communauté devrait les supporter, quand même les meubles qu'elle recueille ne formeraient qu'une faible partie de la succession, ce qui serait de toute injustice.

462. Il reste à savoir si la loi a égard, dans le calcul de la portion contributoire, à la valeur comparative des biens ou à l'émolument réel que la communauté perçoit. Le texte décide la question en disant : « Eu égard à la valeur du mobilier comparée à celle des immeubles. » Si le mobilier forme le tiers de la succession, la communauté supportera le tiers de toutes les dettes, quand même ce tiers dépasserait l'émolument que la communauté retire de la succession. C'est le droit commun en matière de succession et en matière de communauté. L'héritier est tenu des dettes *ultra vires*, à moins qu'il n'accepte sous bénéfice d'inventaire; or, la communauté est héritière pour la partie mobilière de la succession; elle est donc soumise à la règle générale. Il en est de même des dettes antérieures au mariage; elles sont à la charge de la communauté, alors même que les dettes dépasseraient l'actif mobilier. Si les époux veulent se mettre à l'abri du danger dont les menace le passif antérieur au mariage, ils n'ont qu'à stipuler la séparation des dettes; et ils ont un moyen bien simple de n'être tenus des dettes des successions que jusqu'à concurrence de l'émolument qu'ils en perçoivent, c'est d'accepter sous bénéfice d'inventaire (1).

Comment détermine-t-on la portion contributoire de la communauté et de l'époux héritier? On estime la valeur du mobilier et celle des immeubles, on établit la proportion entre ces deux valeurs et le chiffre que l'on trouvera représentera la part que la communauté et l'époux doivent supporter dans chaque dette. On suppose que la succession est de 90,000 francs, dont 30,000 de mobilier et 60,000

(1) Toullier, t. VI, 2, p. 259, n° 292, et tous les auteurs.

d'immeubles; la proportion de la valeur du mobilier est donc d'un tiers; la communauté supportera un tiers dans chaque dette et l'époux les deux tiers (1).

463. Il se présente une difficulté dans le cas où l'époux est créancier ou débiteur du défunt. Comprendra-t-on la créance dans l'actif et la dette dans le passif? Ou la créance et la dette s'éteindront-elles par confusion? Nous avons déjà rencontré cette question dans les successions purement mobilières, et nous avons dit que, d'après l'opinion unanime des auteurs, l'époux héritier restait créancier ou débiteur (n° 449). Il faut appliquer cette décision à la partie mobilière des successions mixtes. En effet, le mobilier n'est pas recueilli par l'époux héritier, il appartient à la communauté; de là suit que l'époux peut poursuivre sa créance contre la communauté et la communauté peut poursuivre le payement de la dette contre l'époux débiteur; ce qui exclut la confusion, la confusion n'éteignant les dettes qu'à raison de l'impossibilité où se trouve le créancier, devenu débiteur, de poursuivre le payement. Mais cette impossibilité subsiste pour la partie immobilière de la succession; celle-ci appartient à l'époux, et l'époux est aussi débiteur de la portion de la dette qui grève les immeubles, il est donc tout ensemble créancier et débiteur, ce qui est le cas de la confusion; il ne peut pas se poursuivre lui-même. Pour que la question se présente, il faut supposer que la créance est propre à l'époux, car si la créance tombe dans la communauté, il ne peut pas s'agir pour l'époux d'en poursuivre le payement (2).

464. Comment prouve-t-on la valeur comparative du mobilier et des immeubles? L'article 1414. 2e alinéa, répond à la question : « Cette portion contributoire se règle d'après l'inventaire auquel le mari doit faire procéder soit de son chef si la succession le concerne personnellement, soit comme dirigeant et autorisant les actions de sa femme s'il s'agit d'une succession à elle échue. » On conçoit l'obligation imposée au mari quand il autorise la femme à ac-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 127, n° 56 *bis* I.
(2) Odier, t. I, p. 285, n° 190. Aubry et Rau, t. V, p. 380, note 13, § 513.

cepter. Mais quand, sur son refus, la femme se fait autoriser par justice, le mari doit néanmoins faire inventaire, puisque la loi est conçue en termes absolus. Si la loi lui en fait un devoir, c'est que, sous le régime de communauté, la femme n'est pas habituée à veiller elle-même à ses intérêts; elle est exclue de la gestion des affaires communes, quoiqu'elle y soit intéressée comme associée, et elle ne gère pas même son propre patrimoine, dont l'administration et la jouissance passent au mari. Etrangère aux affaires, la femme pourrait ignorer qu'elle doit faire inventaire; il est donc juste que le mari soit chargé de cette obligation. Il y est d'ailleurs intéressé, puisque si le mobilier héréditaire est confondu avec celui de la communauté, il doit représenter aux créanciers le mobilier inventorié, sinon la communauté devra payer les dettes (1).

L'inventaire ne comprend, en général, que le mobilier. Dans l'espèce, il devrait contenir l'estimation des immeubles : c'est un élément nécessaire pour établir le calcul proportionnel d'après lequel on règle la portion contributoire de la communauté et de l'époux dans les dettes de la succession. Toutefois la loi n'en fait pas une obligation au mari; il en résulte que si l'inventaire ne dit rien des immeubles, il n'y a pas lieu d'appliquer la disposition assez sévère de l'article 1415; c'est une peine que la loi prononce contre le mari qui n'a pas fait inventaire; or, on ne peut pas dire qu'il n'y ait pas d'inventaire lorsque l'inventaire décrit le mobilier, car l'inventaire n'a pas d'autre objet. A la vérité, il serait utile qu'il contînt l'estimation des immeubles, mais dans le silence de la loi on ne peut étendre au défaut d'estimation des immeubles ce que l'article 1416 dit du défaut d'inventaire; il n'y a point de peine sans loi, et les dispositions pénales sont de la plus stricte interprétation (2). Nous allons dire en quoi consiste la peine.

465. « A défaut d'inventaire et dans tous les cas où ce défaut préjudicie à la femme, elle ou ses héritiers peu-

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 128, n° 56 *bis* II.

(2) Toullier, t. VI, 2, p. 257, n° 288. Aubry et Rau, t. V, p. 380, note 14, § 513.

vent, lors de la dissolution de la communauté, poursuivre les récompenses de droit, et même faire preuve tant par titres et papiers domestiques que par témoins, et, au besoin, par la commune renommée, de la consistance et valeur du mobilier non inventorié. Le mari n'est jamais recevable à faire cette preuve » (art. 1415).

Quand le défaut d'inventaire peut-il préjudicier à la femme? Si c'est à elle que la succession est échue, elle doit supporter les dettes pour la part contributoire des immeubles qu'elle recueille, elle a donc intérêt à établir la véritable valeur du mobilier; à défaut d'inventaire, le mari pourrait prétendre que le mobilier ne forme que le quart de la succession, tandis qu'en réalité il en forme le tiers, afin d'augmenter la proportion pour laquelle la femme doit contribuer aux dettes et de diminuer d'autant la charge de la communauté, dont le mari prend la moitié et même le tout, en cas de renonciation de la femme. Si la succession est échue au mari, la femme est encore intéressée à ce que le mobilier héréditaire soit constaté authentiquement, car, pour diminuer la part contributoire des immeubles qui est à la charge du mari, celui-ci pourrait prétendre que le mobilier comprend le tiers de l'hérédité, tandis qu'il n'en forme que le quart; la femme, qui prend la moitié de la communauté, a intérêt à ce qu'on ne la charge pas d'une part dans les dettes supérieure à celle qu'elle doit supporter (1).

Le défaut d'inventaire peut être dû à la négligence du mari ou à son dol. Dans l'une et l'autre supposition, il doit en supporter la responsabilité. La loi prononce une espèce de peine contre lui en permettant à la femme d'établir, par des moyens que le droit commun n'admet point, la consistance et la valeur du mobilier non inventorié. D'abord elle déclare la preuve testimoniale admissible, elle ne le serait pas d'après le droit commun, dès que l'objet du litige dépasserait 150 francs, car il dépendait de la femme de se procurer une preuve littérale en faisant inventaire ; c'est un acte conservatoire qu'elle peut faire

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 129, n° 57 *bis* I.

sans autorisation maritale. La loi admet la preuve testimoniale en faveur de la femme et contre le mari; c'est déjà une peine. Elle va plus loin : la femme peut faire preuve, par la commune renommée, de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié. Cette preuve est tout à fait exorbitante du droit commun; la loi l'établit toujours à titre de peine contre celui qui, tenu à faire inventaire, ne l'a pas fait par négligence ou par dol. Il y a une grande différence entre la preuve par témoins et celle par commune renommée. Le témoin dépose de ce qu'il a vu. La preuve par commune renommée se fait aussi par enquête (1), mais le témoin vient déposer, non de ce qu'il a vu et de ce qu'il sait personnellement, mais de ce que l'on dit, de ce que l'on pense. Ainsi, dans l'espèce, les témoins viendront déclarer qu'ils ont entendu dire, que le bruit court, que le mobilier héréditaire valait 10,000 francs. C'est la plus dangereuse de toutes les preuves, si l'on peut donner le nom de preuve à un simple ouï-dire.

466. L'article 1415 dit que le mari n'est jamais recevable à faire *cette preuve*. De quelle preuve s'agit-il? Il ne peut être question que de la preuve exceptionnelle par témoins et par commune renommée; le mari ne peut se prévaloir de sa négligence pour être admis à faire une preuve que le droit commun rejette. Est-ce à dire que le mari ne serait pas reçu à faire preuve par titres de la consistance et de la valeur du mobilier non inventorié, afin d'établir la part contributoire dans les dettes soit de la communauté, soit de la femme, soit la sienne s'il est héritier? L'article 1415 ne dit pas cela; il n'enlève pas au mari son droit à une récompense et il n'est pas permis de dépasser les peines; le seul but de cette disposition est de permettre à la femme d'établir par une preuve exceptionnelle la consistance et la valeur du mobilier non inventorié. Quant à la contribution aux dettes de la communauté et de l'époux héritier, elle est réglée par l'article 1416, qui

(1) Les notaires n'ont pas le droit de recevoir ce qu'ils appellent *un inventaire par commune renommée*. Il s'agit d'une preuve qui se fait par l'audition de témoins, donc c'est une enquête, et toute enquête se fait en justice. Cassation, 17 janvier 1838 (Dalloz, au mot *Enquête*, n° 107)

pose comme principe absolu que la contribution se fait proportionnellement à la valeur du mobilier et à celle des immeubles ; le mari peut demander que la contribution se fasse conformément à la loi, aussi bien que la femme ; seulement quand il s'agit de prouver la consistance et la valeur du mobilier, la femme sera admise à la preuve exceptionnelle de l'article 1415, tandis que le mari devra la faire d'après le droit commun. Cette interprétation de la loi qui résulte des principes et des textes est aussi fondée en raison. Ce n'est pas toujours par dol ni par négligence que le mari s'abstient de faire inventaire, ce peut être pour épargner les frais quand il y a déjà un acte qui peut servir de preuve, tel qu'un compte de tutelle ou un partage. Pourquoi ne pas permettre au mari d'invoquer ces titres pour déterminer la contribution conformément à la loi (1)?

467. La loi donne aux héritiers de la femme le même droit dont la femme jouit à défaut d'inventaire. C'est le droit commun. En matière de communauté, les héritiers jouissent même des priviléges que la loi accorde à la femme, à raison de sa position subordonnée sous ce régime. D'un autre côté, il n'y a pas lieu d'accorder aux héritiers du mari le droit de prouver par témoins ou par la commune renommée la consistance du mobilier non inventorié ; ils ne pourraient être admis à une preuve exceptionnelle que si la loi leur en accordait le bénéfice ; dans le silence de la loi, ils restent sous l'empire du droit commun (2).

N° 5. DES DONATIONS

468. L'article 1418 porte : « Les règles établies par les articles 1411 et suivants régissent les dettes dépendantes d'une donation, comme celles résultant d'une succession. » Par donations la loi entend non-seulement les donations entre-vifs, mais encore les legs qui, en droit,

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 130, n° 57 *bis* II.
(2) Comparez Colmet de Santerre, t. VI, p. 131, n° 57 *bis* III. En sens contraire, Rodière et Pont, t. II, p. 53, n° 762.

sont compris sous le nom de donations. Il s'agit naturellement des donations et des legs qui, par leur nature, obligent le donataire et le légataire au payement des dettes du donateur ou du testateur; il faut donc que les legs soient universels ou à titre universel; quant aux donations, il n'y a que celles qui se font par contrat de mariage que la loi assimile aux successions, quand elles comprennent les biens que le donateur laissera à son décès; on les appelle des institutions contractuelles. Nous renvoyons, pour les principes, au titre des *Donations et Testaments*.

On a fait la remarque que l'hypothèse de l'article 1413 ne se réalise guère qu'en matière de donations. Des successions tout immobilières n'existent qu'en théorie, tandis qu'une donation ou un legs peut ne comprendre que les immeubles du disposant. Encore ces dispositions sont-elles rares (1).

§ V. *Des charges usufructuaires.*

N° 1. INTÉRÊT DES DETTES.

469. Aux termes de l'article 1409, n° 3, « la communauté se compose passivement des arrérages et intérêts seulement des rentes ou dettes passives qui sont personnelles aux deux époux. » Qu'entend-on ici par dettes *personnelles* aux deux conjoints? Cette expression a deux sens bien différents. Il y a des dettes qui restent propres aux époux, soit qu'elles n'entrent pas en communauté, soit qu'elles n'y entrent que sauf récompense; en ce sens, elles sont *personnelles* aux époux; le mot *personnel* est alors synonyme de *propre;* il s'emploie dans le même sens quand il est question du patrimoine propre des époux; c'est ainsi que l'article 1413 parle des *biens personnels* de la femme, pour marquer les biens qui lui restent *propres*. L'expression dettes *personnelles* désigne encore les dettes que chacun des époux contracte personnellement. A la dissolution de la communauté, les dettes qui composent le

(1) Colmet de Santerre, t. VI, p. 136, n° 61 *bis*

passif se partagent par moitié, mais chacun des époux reste tenu à l'égard des créanciers pour le total des dettes qu'il a contractées, dettes dont il est le débiteur personnel; la loi les appelle *dettes personnelles* au mari ou à la femme (art. 1485). Cette signification de l'expression *dettes personnelles* est étrangère à l'article 1409, n° 3. Dans cette disposition, il s'agit uniquement de savoir si la communauté doit supporter les intérêts des dettes qui sont restées propres aux époux. Quand une dette entre en communauté pour le capital, il va de soi qu'elle y entre aussi pour les intérêts. Si la dette reste propre à l'époux pour le capital, pourquoi la communauté en supporte-t-elle néanmoins les intérêts? La raison en est que les intérêts des dettes se payent sur le revenu des biens; or, c'est la communauté qui jouit de tous les fruits, revenus, intérêts et arrérages, de quelque nature qu'ils soient, provenant des biens propres du mari ou de la femme. La communauté ayant les intérêts actifs doit aussi supporter les intérêts passifs (1).

470. Reste à savoir quelles dettes sont propres aux époux. Ce sont d'abord les dettes qui n'entrent pas dans le passif de la communauté, pas même à l'égard des créanciers; de sorte que la communauté ne peut être poursuivie du chef de ces dettes et qu'elle ne peut être tenue de les payer. Il y a des dettes qui, en ce sens, restent propres au mari et à la femme : telles sont les dettes immobilières antérieures au mariage, nous y reviendrons : telles sont encore les dettes dont sont grevés les biens propres des époux, sans que les époux en soient débiteurs (n° 406). Ces dettes sont les seules qui soient exclues de la communauté quant au mari; si les dettes ont été contractées pendant le mariage, on applique le principe que toute dette du mari est une dette de communauté. Il n'en est pas de même de la femme. Ses dettes, quoique mobilières, portant une date antérieure au mariage, sont exclues du pas-

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 247. Toullier, t. VI, 2, p. 207, n° 214. Jugé, ce qui n'est pas douteux, que l'article 1409, n° 3, s'applique aux arrérages des rentes viagères (Bruxelles, 3 novembre 1870. *Pasicrisie*, 1871, 2 207).

sif quand la date n'est pas certaine. Les amendes encourues par le mari pour un délit criminel entrent dans le passif de la communauté sauf récompense, tandis que celles encourues par la femme n'y entrent pas; elles lui sont donc propres. Les dettes des successions immobilières échues au mari tombent dans le passif à l'égard des créanciers, sauf récompense; les dettes des successions immobilières échues à la femme ne peuvent pas être poursuivies contre la communauté, alors même que la femme a accepté avec autorisation maritale. Il en est de même des dettes que la femme contracte avec autorisation de justice. Elles n'entrent pas, en général, dans le passif.

471. Il y a un assez grand nombre de dettes qui entrent dans le passif à l'égard des créanciers, mais quand la communauté les paye, elle a une récompense contre l'époux qui doit les supporter. Cette récompense ne porte que sur le capital, la communauté étant chargée des intérêts. Nous en avons vu des exemples. Telles sont les dettes mobilières antérieures au mariage qui sont relatives aux immeubles propres de l'un des époux (art. 1409, n° 1). Telles sont encore les dettes qui grèvent les successions immobilières échues au mari (1). Quant aux dettes dont la communauté n'est tenue que sauf récompense, il n'y a pas à distinguer entre le mari et la femme; le principe des récompenses s'applique aux deux époux. Nous y reviendrons en traitant des opérations préliminaires au partage.

N° 2. DES RÉPARATIONS USUFRUCTUAIRES.

472. D'après le n° 4 de l'article 1409, la communauté se compose passivement « des réparations usufructuaires des immeubles qui n'entrent point en communauté. » La rédaction de la loi est trop restrictive; il faut dire que la communauté est tenue des charges qui pèsent sur l'usufruitier. Elle a la jouissance de tous les fruits des biens qui appartiennent aux époux et qui leur restent propres;

(1) Duranton, t. XIV, p. 358, n° 256. Toullier, t. VI, 2. p. 209, n° 215

en ce sens, elle est usufruitière, et celui qui a les fruits doit supporter les charges qui y sont attachées. Or, l'usufruitier est tenu non-seulement des réparations d'entretien (art. 605), il est encore tenu de toutes les charges annuelles de l'héritage, telles que les impôts (art. 608); il doit contribuer au payement des dettes, quant aux intérêts, lorsque l'usufruit, comme celui de la communauté, est universel (art. 612); il est tenu des frais des procès qui concernent la jouissance (art. 613). L'article 1409, n° 4, n'est donc qu'un exemple, ce n'est pas une disposition restrictive. Il n'y a aucun doute sur ce point (1).

473. Qu'entend-on par *réparations usufructuaires?* Au titre de l'*Usufruit*, le code distingue les réparations d'entretien et les grosses réparations : l'usufruitier n'est tenu que des premières, les autres sont à charge du propriétaire (art. 605); l'article 606 énumère les grosses réparations; toutes les autres réparations sont d'entretien. Nous renvoyons à ce qui a été dit, sur cette distinction, au titre de l'*Usufruit*.

L'article 605, qui établit le principe en cette matière, y ajoute une exception : l'usufruitier est tenu des grosses réparations quand elles ont été occasionnées par le défaut de réparations d'entretien depuis l'ouverture de l'usufruit. Cette disposition reçoit son application à la communauté. Il faut distinguer s'il s'agit d'un propre de la femme ou d'un propre du mari. Si le défaut de réparations d'entretien a nécessité une grosse réparation sur un bâtiment de la femme, la communauté en est tenue et elle doit aussi la supporter, c'est-à-dire qu'elle n'a droit, de ce chef, à aucune récompense : c'est une dette du mari qui a la jouissance des biens de la femme, et toute dette du mari est dette de communauté. Celle-ci n'a droit à une récompense que lorsque la dette est contractée dans l'intérêt personnel de l'un des époux; les grosses réparations concernent, à la vérité, un propre de la femme, mais on ne peut pas dire que la dette ait été contractée dans l'intérêt de la femme : c'est un dédommagement que lui doit la commu-

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 324 et note 38, § 508. Colmet de Santerre, t. VI, p. 114, n° 42 *bis* II.

nauté pour n'avoir pas fait les réparations d'entretien, donc c'est elle qui doit supporter les frais. Toutefois si les grosses réparations faites sur le propre de la femme avaient procuré une plus-value au bien, la femme en devrait récompense; c'est un des cas prévus par l'article 1437. La femme n'a droit qu'à être dédommagée; dès qu'elle tire un profit personnel d'une dépense faite par la communauté, elle en doit récompense. Par contre, si les grosses réparations, rendues nécessaires par le défaut de réparations d'entretien, n'avaient pas été faites, la femme aurait droit à une indemnité pour la dépréciation que l'immeuble éprouve par la faute du mari. En effet, il s'agit de l'administration des biens de la femme, et la loi déclare le mari responsable de tout dépérissement des biens personnels de la femme causé par défaut d'actes conservatoires; or, les réparations d'entretien sont un acte de conservation (art. 1428) (1).

Si le mari avait négligé de faire des réparations d'entretien sur un de ses propres et que, par suite, de grosses réparations deviennent nécessaires, qui devra en supporter les frais? On décide, et avec raison, que la communauté qui fait la dépense a, de ce chef, une récompense contre le mari. En effet, c'est par sa faute que les grosses réparations sont devenues nécessaires, la communauté ne devait que les réparations d'entretien; tout ce qui excède le montant de ces frais est à charge du propriétaire; en ce sens, c'est un profit que le mari tire de la communauté si elle a avancé ces frais, donc le mari en doit récompense. Faut-il dire aussi que le mari a droit à une indemnité quand les grosses réparations n'ont pas été faites? Il y a un motif de douter qui a donné lieu à une controverse. La communauté était tenue des réparations d'entretien, et aucune réparation n'a été faite; elle s'avantage donc, au préjudice du mari, du montant de ces réparations : n'en faut-il pas conclure qu'elle doit une récompense au mari? Il faut décider qu'en règle générale la communauté ne doit pas d'indemnité, parce qu'elle ne profite pas du défaut de ré-

(1) Duranton, t. XIV, p. 361. n° 260. Rodière et Pont, t. II. p. 144, n° 850.

parations; en effet, si de grosses réparations sont devenues nécessaires par suite du défaut d'entretien, l'immeuble en sera déprécié et, par suite, les revenus seront diminués; donc la communauté perd d'un côté ce qu'elle gagne de l'autre. Il se peut toutefois que, malgré le défaut de réparations d'entretien, les revenus de la communauté n'aient pas diminué, ou que la diminution ne soit pas en proportion de la dépense qu'elle a épargnée; c'est donc une question de fait, la décision dépend d'un calcul : si le résultat du calcul est que la communauté s'est avantagée, elle doit récompense; si elle ne s'est pas avantagée, elle ne doit aucune indemnité (1).

474. Il s'est présenté une difficulté dans l'application de ces principes. Le mari fait une reconstruction sur un propre de la femme sans le concours de celle-ci. Est-ce un acte d'administration que le mari a le droit de faire et qui oblige la femme à en supporter les frais? Reconstruire une maison tombée en ruine est plus qu'une grosse réparation. Le mari doit faire les grosses réparations; c'est tout ensemble une obligation et un droit. Mais il ne doit pas reconstruire : c'est le droit du propriétaire. Si donc le mari reconstruit, on ne peut pas dire qu'il ait agi comme administrateur ou comme mandataire : il n'y a pas de mandat légal, et nous supposons qu'il n'y a pas de mandat conventionnel. On demande si la femme doit supporter l'intégralité de la dépense. En théorie, il y a bien des distinctions à faire. Il faut voir si la ruine de la maison a été occasionnée par le défaut de réparations d'entretien; on devrait tenir compte, en ce cas, de la perte éprouvée par la femme et de l'indemnité que la communauté lui doit de ce chef. Nous laissons ces distinctions de côté, on ne les a pas faites dans l'espèce que la cour de cassation a jugée. La femme ne contestait pas qu'elle fût débitrice du montant de la plus-value que son fonds avait acquise par les reconstructions, mais elle soutenait qu'elle était débitrice envers la communauté; et comme elle était en même temps créancière, elle opposait la compensation. Le créan-

(1) Voyez, en sens divers. Duranton, t. XIV, p. 363. nº 261; Rodière et Pont, t. II, p. 145, nº 851; Marcadé, t. V, p. 503, nº V de l'art. 1410.

cier des travaux, au contraire, prétendait que les ouvriers avaient une action directe contre la femme et que celle-ci ne pouvait pas leur opposer en compensation ce que la communauté, c'est-à-dire le mari, lui devait. Le tribunal de la Seine donna gain de cause aux ouvriers. Sur l'appel, cette décision fut infirmée. Les ouvriers, dit la cour de Paris, n'ont pas traité avec la femme, ils ont traité avec le mari ; ils n'ont donc pas d'action contre la femme. Dira-t-on qu'il y a gestion d'affaires? L'arrêt répond que les ouvriers n'ont pas géré ni entendu gérer les affaires de la femme. Le mari a agi comme administrateur de ses biens ; s'il a excédé ses pouvoirs en reconstruisant, il a néanmoins procuré une plus-value au propre de sa femme par ses travaux. Il y a donc gestion d'affaires de la part du mari, la femme est sa débitrice en vertu d'un quasi-contrat, mais il n'y a aucun lien d'obligation entre elle et les ouvriers qui ont contracté avec le mari. Sur le pourvoi des ouvriers, l'arrêt a été cassé. La cour de cassation dit que du fait des travaux et des fournitures est résulté entre les ouvriers et la femme le quasi-contrat de gestion d'affaires ; d'où suit que les ouvriers sont créanciers personnels de la femme. Cela nous paraît très-douteux. Pour qu'il y ait gestion d'affaires, il ne suffit pas qu'il y ait des travaux et des fournitures, il faut que celui qui a fait les travaux et les fournitures ait entendu obliger le maître ; or, dans l'espèce, il y avait un contrat entre le mari et les ouvriers ; c'est avec le mari que les ouvriers avaient traité, c'est contre lui qu'ils avaient action ; ils n'avaient pas songé à traiter avec la femme, dès lors il n'y avait pas de quasi-contrat de gestion d'affaires (1).

§ VI. *Des charges du mariage.*

475. Aux termes du n° 5 de l'article 1409, la communauté se compose encore passivement « des aliments des époux, de l'éducation et entretien des enfants et de toute

(1) Cassation, 14 juin 1820, après délibéré (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1303).

autre charge du mariage. » Quelles sont les charges du mariage? Qu'entend-on par *aliments?* Ces questions appartiennent au titre du *Mariage,* auquel nous renvoyons.

476. Il se présente quelques difficultés quant aux frais d'éducation et d'entretien des enfants. On demande si la communauté est tenue de ces frais quand il s'agit d'enfants d'un premier lit. L'affirmative nous paraît certaine, mais il faut voir quels sont les motifs de décider. Il a été jugé que l'obligation de la communauté est fondée sur le n° 5 de l'article 1409, lequel, dit la cour, ne distingue pas entre les enfants communs et les enfants d'un premier lit (1). Mauvaise raison, nous semble-t-il, et les mauvaises raisons compromettent les bonnes causes. Le texte parle des aliments des *époux* et des charges du *mariage;* parmi ces charges, il comprend l'éducation et l'entretien des enfants; il s'agit donc d'obligations naissant du mariage et, par conséquent, des enfants communs. Est-ce à dire que la communauté ne doive pas supporter les dépenses d'entretien et d'éducation des enfants d'un premier lit? Non, mais elle en est tenue en vertu d'un autre principe. Aux termes du n° 1 de l'article 1409, les dettes mobilières de chacun des époux antérieures au mariage entrent dans le passif de la communauté; or, l'époux qui se marie doit les aliments et l'éducation à ses enfants, cette dette est mobilière, donc elle tombe à charge de la communauté. Y tombe-t-elle sans récompense? Oui, en principe. Il n'y a lieu à récompense, d'après l'article 1409, n° 1, que pour les dettes relatives aux immeubles propres à l'un des époux. Et l'article 1437, qui pose le principe général concernant les récompenses, dit que les époux doivent une indemnité à la communauté lorsqu'ils en tirent un profit personnel. Or, le profit que l'époux tire du payement des frais d'entretien et d'éducation n'est pas plus un profit personnel que le payement de toute autre dette.

Pothier admet le principe, mais avec une restriction. Si les enfants d'un précédent mariage ont un revenu suffisant pour subvenir à leurs dépenses, la communauté n'en doit

(1) Caen. 29 mars 1844 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1104). Comparez Dijon, 2 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 2, 91).

pas être chargée, la dépense doit être prise sur les revenus des enfants; de sorte que si la communauté la payait, elle aurait droit à une indemnité. Mais, continue Pothier, si les enfants n'ont pas de revenu, les frais d'entretien et d'éducation sont une dette naturelle de leur père ou de leur mère dont la communauté doit être chargée, puisque toutes les dettes mobilières des époux y entrent (1). La décision de Pothier n'est-elle pas trop absolue? Quand l'enfant a des biens, le père en a la jouissance légale et il la conserve s'il se remarie; l'une des charges de cette jouissance, c'est la nourriture, l'entretien et l'éducation des enfants, selon leur fortune (art. 385, n° 2). La communauté ayant les revenus des enfants doit aussi supporter les charges qui y sont attachées; ce n'est qu'après l'âge de dix-huit ans que les enfants touchent leurs revenus; alors on peut dire, avec Pothier, que le père étant déchargé de ses obligations, la communauté cesse d'être tenue. Quant à la mère, elle perd l'usufruit légal dans le cas d'un second mariage (art. 386); il est juste que l'enfant qui a des revenus les emploie à ses besoins. Si de fait la communauté jouissait des revenus des enfants, serait-elle obligée de supporter les frais d'entretien et d'éducation? L'affirmative a été jugée (2). Cela est vrai, mais en ce sens qu'il y a lieu à des récompenses respectives : la communauté doit compte des revenus qu'elle a perçus sans y avoir droit, et l'enfant doit rembourser à la communauté les frais qui sont à sa charge.

477. Quant aux enfants naturels, il faut distinguer. S'ils sont reconnus avant le mariage, on applique les principes que nous venons d'exposer. Le père doit les aliments et l'éducation à l'enfant naturel aussi bien qu'à l'enfant légitime. Cette dette est antérieure au mariage, donc elle tombe à charge de la communauté. A moins que l'enfant naturel n'ait des biens; il doit, en ce cas, subvenir à ses besoins; la communauté n'a pas la jouissance des biens

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 270. Dans le même sens, les auteurs modernes : Toullier, t. VI, 2, p. 262, n° 298; Duranton, t. XIV, p. 364, n° 262; Rodière et Pont, t. II, p. 145, n° 853; Troplong, t. I, p. 251, n° 759, fait de belles phrases, d'après son habitude.

(2) Bruxelles, 19 mai 1827 (*Pasicrisie*, 1827, p. 184).

de l'enfant naturel, puisque le père n'a pas l'usufruit légal; si, de fait, elle jouissait des biens de l'enfant naturel, elle lui devrait récompense, de ce chef, sauf à porter en compte les frais d'entretien et d'éducation qu'elle aurait avancés (1).

Si la reconnaissance a eu lieu pendant le mariage, la dette d'aliments reste à la charge personnelle du père ou de la mère. C'est l'application de l'article 337, aux termes duquel « la reconnaissance faite pendant le mariage par l'un des époux, au profit d'un enfant naturel qu'il aurait eu avant son mariage d'un autre que de son époux, ne pourra nuire à celui-ci. » L'enfant n'a de droit que sur les biens personnels du père ou de la mère qui l'a reconnu, il n'a aucun droit contre la communauté, puisque cette action rejaillirait contre le conjoint, à qui elle nuirait. On a objecté que le germe et le principe de la dette existent antérieurement au mariage et que, par conséquent, elle est comprise dans les dettes qui tombent dans le passif de la communauté, d'après l'article 1409, n° 1 (2). L'argument serait décisif si ce n'était l'article 337 : la reconnaissance de l'enfant naturel est toujours l'aveu d'une obligation antérieure au mariage, mais la loi ne veut pas que cet aveu porte préjudice au conjoint.

L'application de l'article 337 à la communauté donne lieu à une autre difficulté. On suppose que la reconnaissance a lieu par voie de recherche, elle est forcée : est-ce le cas d'appliquer l'article 337? La question est controversée; nous l'avons décidée négativement au titre de la *Filiation*; la jurisprudence est contraire (t. IV, n° 130).

478. Faut-il comprendre parmi les *charges* du mariage les frais occasionnés par l'interdiction du mari? La cour de Rouen a décidé la question affirmativement. Elle part du principe que les maladies physiques et intellectuelles des époux rentrent dans les termes généraux de l'article 1409. La cour entend dire sans doute que les frais des maladies sont une charge commune, parce que, d'après l'article 212, les époux se doivent mutuellement secours

(1) Dijon, 2 juillet 1868 (Dalloz, 1869, 2, 91).
(2) Paris, 9 mars 1860 (Dalloz, 1860, 2, 148). L'arrêt a été cassé. Cassation, 16 décembre 1861 (Dalloz, 1862, 1, 39).

et assistance. Cette manière de considérer l'interdiction n'est pas exacte; elle n'a pas pour objet de guérir le malade, pour cela il suffit de le colloquer dans un hospice ou dans une maison de santé. Le but de l'interdiction est de sauvegarder les intérêts pécuniaires de la personne aliénée et de sa famille. A ce titre, l'interdiction intéresse à un haut degré la communauté; le mari en est le chef, il dispose des biens en seigneur et maître; il importe, si ses facultés intellectuelles sont altérées, qu'il soit mis en interdiction, afin qu'il ne ruine pas sa femme et ses enfants par des actes de folie. La communauté aura-t-elle droit à une récompense de ce chef? Non; il est dû récompense quand l'époux tire un profit personnel des biens de la communauté. Or, on ne peut pas dire que l'interdiction se fasse dans l'intérêt exclusif de l'un des époux, elle se fait dans l'intérêt des deux conjoints et des enfants; les frais constituent donc une charge commune (1).

Quant aux frais de maladie, il n'y a pas de doute. Ici l'article 212 reçoit son application : le premier devoir des époux est de veiller à la vie et à la santé de chacun d'eux; c'est donc un devoir de mariage, partant une charge de la communauté. Troplong a raison de dire qu'on s'étonne qu'une vérité aussi évidente ait pu être méconnue dans la pratique (2).

479. Il ne faut pas étendre aux frais funéraires ce que nous disons des frais de dernière maladie. Pothier remarque que les frais funéraires du conjoint prédécédé ne sont pas à charge de la communauté, la succession du défunt en est tenue. La raison en est que ces frais ne se font qu'après la mort, alors qu'il n'y a plus de communauté. Plusieurs coutumes en avaient une disposition expresse; le code suit le même principe en l'appliquant au seul point qui pouvait être douteux : le deuil de la femme, même renonçante, est aux frais des héritiers du mari prédécédé; nous reviendrons sur l'article 1481 (3).

(1) Rouen, 30 juin 1871 (Dalloz, 1872, 5, 93, n° 12).
(2) Troplong, t. I, p. 251, n° 762. Bastia, 26 février 1840 (Dalloz, au mot *Contrat de mariage*, n° 1107).
(3) Pothier, *De la communauté*, n° 275.

§ VII. *Des frais de scellé, d'inventaire et de partage.*

480. Après avoir dit que les dettes de la communauté sont pour moitié à la charge de chacun des époux, l'article 1482 ajoute : « Les frais de scellé, inventaire, vente de mobilier, liquidation, licitation et partage font partie de ces dettes. » Il est vrai que ces frais se font après la dissolution de la communauté, mais comme ils intéressent, à un titre égal, les deux époux, ils doivent être à la charge de la masse. Cela n'est pas douteux quand la masse se partage, comme le suppose l'article 1482; c'est un principe général que les frais nécessités par la liquidation d'une masse partageable sont à la charge de la masse. Si la femme renonce, il n'y a plus de frais de partage, mais il y a encore des frais de scellé et d'inventaire, des frais pour la liquidation des récompenses de la femme contre la communauté et de la communauté contre la femme : ces frais sont-ils à la charge de la communauté, c'est-à-dire du mari, qui prend tous les biens en cas de renonciation? La loi ne le dit pas, l'article 1482 n'étant pas applicable à la renonciation. Néanmoins il n'est pas douteux que ces frais doivent être supportés par la communauté. La femme a le droit de faire inventaire, elle a le droit d'exercer ses récompenses, c'est même une obligation pour la veuve de faire inventaire, sans distinguer si elle accepte ou si elle renonce; puisque c'est comme femme commune qu'elle fait ces frais, il s'ensuit qu'ils doivent être supportés par la communauté. La doctrine et la jurisprudence sont en ce sens (1). La cour de Bruxelles invoque l'article 1494, qui décide implicitement la question (2) : il décharge la femme renonçante de toute contribution aux dettes de la communauté; par conséquent des frais de scellé, d'inventaire et de liquidation, puisque ces frais sont réputés dettes de communauté en vertu de l'article 1482.

(1) Aubry et Rau, t. V, p. 324 et note 43, § 508.
(2) Bruxelles, 21 mars 1871 (*Pasicrisie*, 1871, 2, 441).

ARTICLE 2. Des dettes qui n'entrent pas dans le passif de la communauté.

§ Ier. *Des dettes propres aux époux.*

481. Nous entendons par dettes propres aux époux celles qui n'entrent pas en communauté, pas même à l'égard des créanciers; de sorte que ceux-ci n'ont d'action que sur les biens personnels des époux. Nous avons énuméré ces dettes plus haut (n° 470). Ici nous traiterons uniquement de celles de ces dettes qui donnent lieu à difficulté et dont il n'est pas question au chapitre de l'*Administration de la communauté.*

N° 1. DETTES IMMOBILIÈRES ANTÉRIEURES AU MARIAGE.

482. Le code ne parle pas des dettes immobilières, mais il les exclut implicitement de la communauté, en disant qu'elle se compose passivement des dettes *mobilières* dont les époux étaient débiteurs avant la célébration du mariage. Il en résulte que les dettes immobilières ne tombent pas dans le passif. C'est un argument tiré du silence de la loi, mais la loi ne peut avoir un autre sens quand on la met en regard de la tradition. Dans l'ancien droit, les dettes immobilières restaient propres aux époux, comme leur actif immobilier leur restait propre. Pothier dit que les conjoints en demeurent seuls tenus (1). Or, le code a suivi en cette matière la tradition, trop servilement peut-être : il exclut aussi de la communauté les immeubles; il devrait donc, dans le système traditionnel, en exclure les dettes immobilières. Nous avons dit ailleurs l'anomalie qui en résulte. Dans le droit moderne, il n'y a presque plus de dettes immobilières; la notion même de ces dettes est controversée, de sorte qu'on ne sait pas quelles dettes sont exclues de la communauté. Mais ces questions ne s'agitent qu'à l'école, la pratique les ignore; preuve que les dettes immobilières n'existent guère qu'en théorie.

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 243

I. *Quelles dettes sont immobilières.*

483. Le code ne définit pas les dettes immobilières. De là une grande incertitude dans la doctrine ; les auteurs ne s'entendant pas sur la définition, il est impossible qu'ils s'entendent sur les dettes qui sont exclues de la communauté à titre de dettes immobilières. Nous avons dit ailleurs que les actions immobilières, à notre avis, sont celles qui tendent à acquérir la propriété d'un immeuble (t. V, n° 490). On doit appliquer la même définition aux dettes : elles sont immobilières quand elles ont pour objet la transmission de la propriété d'un immeuble. Il y a corrélation entre la créance et la dette : quand la créance est immobilière, la dette doit avoir la même nature ; on ne concevrait pas que le créancier eût un droit immobilier et que le débiteur eût une obligation mobilière. Il reste à voir si telle est la théorie du code. Le texte gardant le silence, nous devons remonter à la tradition. En cette matière, l'ancien droit est décisif, sauf à tenir compte de l'innovation qui y a été apportée en ce qui concerne la translation de la propriété.

484. Pothier ne définit pas les dettes immobilières, il se borne à donner des exemples qui ne laissent aucun doute sur sa pensée. Avant mon mariage, je vends un immeuble sans mettre l'acheteur en possession ; je demeure seul tenu de la dette de cet héritage envers l'acheteur ; ce n'est point une dette de ma communauté dans laquelle l'héritage n'est point entré (1). La dette du vendeur est immobilière, parce que c'est la dette d'un immeuble, dette que la communauté ne peut pas acquitter, parce qu'elle n'est pas propriétaire. Il faut donc être propriétaire pour payer la dette d'un immeuble, parce que la dette consiste à transporter la propriété de l'immeuble. Pourquoi Pothier suppose-t-il que l'acheteur n'a pas été mis en possession ? Parce que, dans l'ancien droit, la propriété se transférait par la tradition. Donc quand la propriété est transférée, la dette du

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 243.

vendeur cesse d'être immobilière. Dans le droit moderne, la propriété se transfère par l'effet du contrat ; dès lors la dette immobilière est acquittée. A quoi le vendeur est-il encore tenu? Il doit faire la délivrance de l'immeuble. Cette dette est-elle immobilière? Elle l'était dans l'ancien droit, parce que la translation de propriété ne se faisait que par la tradition; elle ne l'est plus aujourd'hui, parce que la délivrance n'est plus translative de propriété. Cet argument, que nous fournit l'ancien droit, est aussi en harmonie avec les principes. L'obligation est corrélative au droit. En quoi consiste le droit de l'acheteur contre le vendeur? tend-il à obtenir la propriété d'un immeuble? Non, car il est propriétaire. Donc l'obligation de délivrer n'est pas une obligation de donner, c'est une obligation de faire, et l'obligation de faire est mobilière (n° 405). Notre conclusion est que toute obligation de *donner* un immeuble est immobilière, parce qu'elle a pour objet la transmission de la propriété de l'immeuble et que l'obligation de *délivrer* un immeuble est mobilière, parce qu'elle a pour objet un fait (1).

L'opinion contraire est généralement enseignée. On pose comme principe que l'obligation de délivrer un immeuble que l'on possède est une dette immobilière(2). Cela suppose que la transmission de la possession d'un immeuble constitue une dette immobilière. On peut le soutenir, parce que le code ne définit point la dette immobilière; mais il est certain que cette opinion n'était pas celle de Pothier, et il nous paraît tout aussi certain qu'elle est en opposition avec les principes. Il faut entendre ce que disent, sur ce dernier point, les partisans de l'opinion contraire. Rodière et Pont reproduisent le passage de Pothier que nous venons de citer, et ils en tirent une conclusion toute contraire. Pothier dit que l'obligation du vendeur de mettre l'acheteur en possession de l'immeuble est une dette immobilière. C'est incontestable, dit-on, aujourd'hui surtout que la vente est translative par elle-même. Elle

(1) Mourlon, t. III, p. 31, n° 77. Colmet de Santerre, t. VI, p. 101, n° 41 *bis* III.
(2) Aubry et Rau, t. V, p. 318, note 11, § 508 (4e éd.).

peut avoir été consentie par l'un des époux avant son mariage avec obligation de livrer l'immeuble plus tard, obligation non encore remplie au moment où le mariage est contracté. Dans ce cas, c'est à la solution de Pothier qu'il faut encore s'attacher : l'obligation étant immobilière en elle-même, la communauté n'en peut être tenue; et même si l'époux vendeur venait à être condamné à des dommages-intérêts pour retard dans la livraison, la communauté n'en serait pas plus tenue que de l'obligation principale dont ils seraient l'accessoire (1). Nous répondrons d'abord que l'on applique la solution de Pothier à une espèce toute différente; l'obligation dont Pothier parle consiste à transférer la propriété d'un immeuble; l'obligation, en droit moderne, a pour objet d'en faire la délivrance. Puis, en disant que la communauté n'est pas tenue de l'obligation des dommages-intérêts pour retard dans la livraison, parce que c'est une obligation accessoire à une obligation principale qui est immobilière, on oublie que l'obligation de délivrer n'est qu'une dette qui consiste à faire et qui, par conséquent, est mobilière. Qu'est-ce que l'acheteur réclame contre le vendeur? L'immeuble? Non, il en est propriétaire et, en cette qualité, il peut le saisir entre les mains de tout détenteur. De quoi s'agit-il donc? De dommages-intérêts pour le retard que le vendeur a mis à livrer la chose; ce qui est une dette mobilière.

Odier donne une autre définition de la dette immobilière et, par suite, il arrive à une conséquence toute différente. Il avoue que l'obligation de délivrer est une obligation de faire; mais, dit-il, le fait qui est l'objet de l'obligation se résout directement et principalement en une chose immobilière; donc le fait est réputé immeuble et, par conséquent, l'obligation de le prester est immobilière (2). Est-il vrai que l'obligation du vendeur, quand la propriété est transférée, consiste essentiellement en une chose immobilière? Odier confond l'action en revendication et l'action en délivrance. Il faut laisser de côté la revendication;

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 21, n° 722. Dans le même sens, Troplong, t. I, p. 243, n° 715.
(2) Odier, t. I, p. 151, n° 152.

agir en revendication, ce n'est pas agir en vertu d'un contrat, c'est agir en vertu d'un droit réel. Il s'agit de la nature d'une dette contractée par le vendeur, dette naissant d'un contrat; l'action en délivrance n'a rien de commun avec l'action en revendication. Quand l'acheteur agit en délivrance, il demande que le vendeur soit condamné à des dommages-intérêts pour n'avoir pas délivré l'immeuble; son action a donc directement pour objet une somme d'argent.

485. Ce que nous disons de l'obligation du vendeur d'un immeuble s'applique, à la lettre, à l'obligation de constituer une servitude ou une hypothèque sur un fonds dont le constituant est propriétaire. Les auteurs décident que cette dette est immobilière (1). Dans notre opinion, la dette cesse d'être immobilière du moment que le droit réel est transmis; or, il l'est en vertu du contrat, il ne s'agit donc plus d'une obligation ayant pour objet l'établissement d'un droit immobilier; la servitude, l'hypothèque existent; par conséquent, il n'y a plus d'obligation, elle est remplie quant au débiteur qui constitue une hypothèque, cela est certain. L'hypothèque existe en vertu du contrat, il n'y a pas de tradition à faire, puisque le créancier n'exerce aucun droit dans l'immeuble; le débiteur n'a plus qu'un démembrement de sa propriété, c'est-à-dire qu'il ne peut rien faire qui altère ou diminue le droit du créancier hypothécaire; ce ne pas là une dette immobilière. S'agit-il de l'établissement d'une servitude, la servitude existe par le seul effet du contrat, le propriétaire du fonds servant n'est plus tenu qu'à souffrir ou à ne pas faire; une pareille obligation n'est certes pas immobilière. En matière de servitudes, on peut dire que le constituant est tenu de faire une quasi-tradition. On doit appliquer à cette quasi-tradition ce que nous venons de dire de la délivrance à laquelle le vendeur est tenu (n° 484).

486. Quand donc y aura-t-il dette immobilière par suite de l'obligation de transférer la propriété d'un immeu-

(1) Rodière et Pont, t. II, p. 21, p. 721. Aubry et Rau, t. V, p. 318 § 508.

ble ou d'un droit réel immobilier? Nous répondons à la question en la posant. Dans le droit moderne, la propriété est transférée par l'effet seul du contrat, mais à une condition, c'est qu'il s'agisse d'une chose déterminée. Si la chose est indéterminée, ou s'il y a quelque chose d'indéterminé dans la constitution du droit réel, la transmission ne s'opère pas par le seul effet du contrat ; par conséquent, le débiteur reste tenu de l'obligation de transférer la propriété d'un immeuble ou de constituer un droit réel immobilier ; sa dette est donc immobilière. En ce point, le droit moderne ne diffère pas du droit ancien. Pothier donne l'exemple suivant : Mon père, qui n'avait point de vignes, lègue à Pierre un arpent de vignes dans les bons cantons de la province. Ce legs, dont je suis débiteur comme héritier de mon père, est la dette d'un immeuble indéterminé. Si, durant mon mariage, j'achète un arpent de vignes pour le délivrer à Pierre, cette dette ne sera pas à charge de la communauté (1). La dette est immobilière, parce qu'elle a pour objet la transmission de la propriété d'un immeuble. Le créancier n'est pas devenu propriétaire de la chose en vertu de sa créance, parce que l'objet dû n'est pas un corps certain ; donc le débiteur reste tenu de *donner* un immeuble dans le sens légal du mot, partant sa dette est immobilière.

Colmet de Santerre remarque que cet exemple, qui était de pure théorie, peut devenir une réalité dans les villes où le droit d'ouvrir une rue nouvelle est concédé à une compagnie ; ce qui entraîne l'expropriation par zones et, par suite, la faculté de disposer des terrains riverains. Je puis acheter de la compagnie un certain nombre de mètres de terrain donnant sur la rue qui doit être percée. C'est la promesse ou la dette d'un immeuble indéterminé, donc une dette immobilière ; la propriété ne sera transférée que lorsque le terrain sera déterminé (2). Sur ce point, les auteurs modernes sont d'accord, sauf le dissentiment de Duranton (3). Comme il y a tout ensemble obligation de

(1) Pothier, *De la communauté*, n° 243.
(2) Colmet de Santerre, t. VI, p. 102, n° 41 *bis* III.
(3) Aubry et Rau, t. VI, p. 318, note 12, § 508.

transférer la propriété d'un immeuble et obligation de le délivrer, il ne peut guère y avoir de doute. Toutefois, il est bon d'entendre les objections de Duranton pour voir combien il y a d'incertitude sur une question qui paraît tout à fait élémentaire.

Duranton pose en principe que lorsque la communauté jouit du prix de l'immeuble vendu, ou de la succession d'où vient la dette, elle doit aussi supporter la dette qui consiste à délivrer la chose indéterminée. Le principe est très-contestable. Il faut laisser de côté l'hypothèse d'une succession mobilière qui serait grevée d'une dette immobilière; car, dans la théorie du code, la communauté est tenue de toutes les dettes, même immobilières, dont la succession est grevée. Quant à la circonstance que la communauté jouit du prix de l'immeuble indéterminé vendu par l'un des époux, elle est indifférente quand il s'agit de déterminer la nature de l'obligation du vendeur : la communauté jouit toujours du prix, ce qui n'empêche pas que l'action du vendeur soit immobilière quand elle consiste dans la transmission d'un droit immobilier. C'est donc uniquement la nature de l'obligation qu'il faut considérer. Elle se résout en dommages-intérêts, dit Duranton. Sans doute, si le débiteur ne peut pas livrer l'immeuble, il sera tenu des dommages-intérêts; mais cette obligation n'est pas l'obligation principale : le débiteur s'est obligé à donner un immeuble, sa dette est donc immobilière. Duranton objecte le cas suivant, dans lequel la dette, quoique immobilière, entre en communauté. Je vends successivement le même immeuble à Pierre et à Paul : mon obligation envers le second acheteur est immobilière, dit-on, et néanmoins la dette entre en communauté. Duranton confond deux hypothèses très-différentes. Quand une compagnie cède un terrain indéterminé, son obligation est immobilière, parce qu'elle consiste à donner un immeuble, et rien ne l'empêche de remplir cette obligation; tandis que si je vends un immeuble qui m'appartient d'abord à Pierre, puis à Paul, je vends au second acheteur un immeuble qui appartient au premier, c'est la vente de la chose d'autrui; or, d'après l'article 1599, cette vente est nulle, elle donne

seulement lieu à des dommages-intérêts en faveur de l'acheteur; donc l'obligation du vendeur consiste, dès le principe, en une somme d'argent : elle est mobilière, et entre naturellement en communauté. Il en est de même dans les autres hypothèses que Duranton cite, L'un des époux vend une maison appartenant à Paul en se portant fort pour le propriétaire : cette dette est immobilière, dit-on, et cependant elle entre en communauté. Non, elle est mobilière; car l'époux ne contracte pas l'obligation de transférer la propriété de la maison, il s'oblige à payer des dommages-intérêts à ce créancier si le tiers propriétaire se refuse à vendre; donc sa dette consiste en une somme d'argent, partant elle est mobilière. Nous croyons inutile d'insister, la confusion nous paraît certaine (1).

487. Quand l'obligation de constituer un droit réel immobilier est-elle immobilière? On applique le principe que nous venons d'établir. Dès qu'il y a quelque chose d'indéterminé dans la promesse, le droit réel n'est point transféré; donc le débiteur reste obligé de constituer un droit immobilier, partant son obligation est immobilière. Je m'oblige à constituer une servitude de passage sur le fonds A ou sur le fonds B, au choix du créancier. Ma dette est immobilière, car elle consiste à transférer un droit réel immobilier. Sur ce point, il ne saurait y avoir de doute; dans l'opinion générale, il s'agit d'une obligation de délivrance ou d'une obligation relative à un immeuble, donc elle est immobilière; et, dans notre opinion, la question est identique avec celle de la translation de la propriété d'un immeuble indéterminé.

II. *Droit du créancier d'une dette immobilière.*

488. Les dettes immobilières antérieures au mariage sont exclues de la communauté; donc, en principe, le créancier n'a d'action que contre l'époux débiteur. Cela n'est pas douteux; car telle est précisément la différence qui existe entre les dettes mobilières et les dettes immobi-

(1) Duranton, t. XIV, p. 295, n° 225.

lières. Il faut toujours, en cette matière, recourir à l'ancien droit, puisque le code ne parle pas des dettes immobilières. Renusson dit que ces dettes n'entrent point en la communauté, chacun des époux en étant tenu sur ses propres. Seulement si une de ces dettes était acquittée par la communauté, celle-ci aurait droit à une récompense (1).

489. Ce principe reçoit-il une exception pour les dettes immobilières du mari? On invoque, pour l'affirmative, un autre principe du régime de communauté. Toute dette du mari est une dette de communauté, donc aussi les dettes immobilières qu'il a contractées avant son mariage (2). La raison nous paraît mauvaise. Le principe que toute dette du mari est une dette de communauté signifie que le mari, en s'obligeant, oblige la communauté; cela suppose des dettes contractées pendant le mariage, car on ne conçoit pas que le mari, comme chef de la communauté, oblige la communauté avant qu'elle existe. Pour les dettes contractées avant le mariage, le mari est sur la même ligne que la femme. Les dettes propres aux époux ne peuvent être poursuivies que sur les biens qui leur restent propres. C'est le principe de Renusson.

Toutefois, nous croyons que les dettes immobilières du mari peuvent être poursuivies contre la communauté. Aux termes de l'article 2092 (loi hyp., art. 7), celui qui est obligé personnellement est tenu de remplir ses engagements sur *tous ses biens*, mobiliers ou *immobiliers*, présents ou *futurs*. Donc le mari, en contractant une dette avant son mariage oblige ses biens futurs comme ses biens présents, tout son patrimoine est tenu. Or, les biens de la communauté font partie de son patrimoine; le mari ne possède pas deux patrimoines, il n'en possède qu'un seul, dans lequel se trouvent compris les biens de la communauté; donc les créanciers antérieurs au mariage doivent avoir action sur les biens de la communauté par cela seul qu'ils ont action sur les biens du mari : ce sont des biens futurs, dans le sens de l'article 2092. Le texte est formel, et l'esprit de la loi est en harmonie avec le texte.

(1) Renusson. *De la communauté*, I, 10, 16, p. 188.
(2) Mourlon, t. III, p. 34, n° 86.

Quand naît le droit du créancier personnel sur les biens du débiteur? Est-ce au moment où il contracte? Non, c'est au moment où il agit contre lui, donc il doit avoir action sur tous les biens que le débiteur possède à ce moment; or, quand le créancier poursuit le mari, celui-ci possède tout ensemble ses biens personnels et les biens de la communauté; les deux patrimoines sont confondus dans ses mains. Cela est vrai d'une manière absolue en ce qui concerne les actes à titre onéreux que fait le mari; or, c'est de ces actes qu'il s'agit. Voilà pourquoi toute dette du mari est dette de communauté, de même que toute dette de communauté est dette du mari. Là où il n'y a qu'un seul patrimoine, on ne conçoit pas que le créancier n'ait action que sur une fraction de ce patrimoine.

§ II. *Des dettes qui entrent en communauté, sauf récompense.*

490. Quelles sont les dettes qui entrent en communauté sauf récompense? Ce sont des dettes mobilières qui, d'après la règle générale, entrent en communauté, en ce sens qu'elle doit les payer sur la poursuite du créancier; mais quand elle les a payées, elle a droit à une récompense. Quand l'époux doit-il indemnité? Lorsque la dette a été contractée dans son intérêt exclusif. Nous avons cité les cas que le code prévoit, en traitant du passif de la communauté; nous compléterons cette mention en exposant les principes de l'administration de la communauté, et nous reviendrons encore sur la matière des récompenses au chapitre du *Partage*.

491. Les dettes que la communauté doit payer sauf récompense font partie du passif de la communauté; l'article 1409 le dit. Il en résulte que les créanciers de la femme aussi bien que ceux du mari peuvent poursuivre les biens communs, outre l'action qu'ils ont contre leur débiteur personnel. C'est une différence entre ces dettes et celles que la loi exclut du passif. Les créanciers de la femme n'ont jamais d'action que sur les biens qui lui sont

personnels, quand la dette n'entre pas dans le passif. Il y a encore une autre différence entre les dettes propres et les dettes qui entrent dans la communauté sauf récompense. Les premières ne sont pas comprises dans le partage de la communauté ; après la dissolution de la communauté, le créancier n'a plus action que contre l'époux débiteur. Les autres sont comprises dans le partage ; de là suit que l'époux qui ne les a pas contractées n'en est tenu que pour moitié, alors même que c'est lui qui doit les supporter pour le tout, la dette ayant été contractée dans l'intérêt de ses propres. Nous reviendrons sur ce point, qui est controversé.

FIN DU TOME VINGT ET UNIÈME.

TABLE DES MATIÈRES.

TITRE VI (TITRE V DU CODE CIVIL). — DU CONTRAT DE MARIAGE.

CHAPITRE PREMIER. — DISPOSITIONS GÉNÉRALES.

SECTION I. — *Définition et objet du contrat de mariage.*

SECTION II. — *Conditions requises pour la validité du contrat de mariage.*

ARTICLE 1. Capacité.

§ Ier. *Capacité de se marier.*

§ II. *Capacité de contracter.*

N° 1. Principe.

N° 2. Des incapables.

I. *Les mineurs.*

1. Sous quelles conditions peuvent-ils faire un contrat de mariage?

2. De la nullité des conventions matrimoniales consenties par un mineur.

§ III. *A quelle époque le contrat de mariage doit-il être passé?*

§ IV. *De l'irrévocabilité des conventions matrimoniales.*

Nº 1. Nullité des changements.

Nº 2. Quand y a-t-il changement?

Nº 3. Applications.

I. *Changement de régime.*

II. *Des conditions requises pour la validité des contre lettres a l'égard des tiers.*

§ V. *De la publicité du contrat de mariage.*

N° 1. Des commerçants.

N° 2. Dispositions nouvelles.

§ VI. *Des frais du contrat de mariage.*

ARTICLE 2. Des clauses prohibées.

§ Ier. *Des clauses contraires aux bonnes mœurs.*

§ II. *Des clauses contraires a l'ordre public.*

§ III. *Des clauses contraires aux droits du mari comme chef.*

§ IV. *Des pactes successoires.*

§ V. *Des clauses prohibitives.*

N° 1. Quelles sont ces clauses.

§ VI. *De la prohibition établie par l'article* 1390.

Article 4. De la nullité des conventions matrimoniales.

Section III. — *Des régimes matrimoniaux.*

SECTION IV. — *De l'effet et de la force probante des conventions matrimoniales.*

SECTION V. — *De la dot.*

§ Ier. *Définition.*

§ II. *De la dot considérée comme libéralité.*

N° 1. Qui est donateur?

§ III. *Communauté légale et conventionnelle.*

§ IV. *Modalité des conventions matrimoniales.*

§ V. *Quand commence la communauté.*

PREMIÈRE PARTIE. — DE LA COMMUNAUTÉ LÉGALE.

SECTION I. — *De l'actif de la communauté.*

ARTICLE 1. Des biens qui entrent en communauté.

§ Ier. *Du mobilier des époux.*

N° 1. Principe.

N° 2 Applications.

I. *Des carrières et mines.*

II. *Des coupes de bois.*

§ III. *Des conquêts.*

N° 1. Des immeubles acquis à titre onéreux pendant le mariage.

N° 2. Des immeubles acquis depuis le contrat de mariage et avant la célébration du mariage.

§ II. *Des propres immobiliers.*

N° 1. Immeubles dont les époux avaient la propriété avant le mariage.

N° 2. Des immeubles acquis à titre gratuit.

I. *Des propres de succession.*

II. *Des immeubles donnés.*

N° 3. Des arrangements de famille.

N° 4. De l'acquisition par suite d'indivision.

I. *Le principe.*

II. *Du droit d'option de la femme.*

III. *Quand la femme peut-elle et quand doit-elle exercer son droit ?*

IV. *Effet de l'option. Du retrait d'indivision.*

N° 5. De l'échange.

N° 6. Remploi.

I. *Du remploi fait par le mari.*

II. *Du remploi fait pour la femme.*

III. *Comment se fait le remploi.*

IV. *Du remploi obligatoire.*

§ IV. *Des dettes des successions échues aux époux.*

N° 1. Principes généraux.

I. *Acceptation.*

II. *Droits des créanciers de la succession.*

N° 2. Des successions mobilières.

I. *Du payement.*

II. *De la contribution.*

N° 3. Des successions immobilières.

I. *Du payement.*

II. *De la contribution.*

N° 4. Des successions partie mobilières partie immobilières.

I. *Du payement.*

II. *De la contribution.*

N° 5. Des donations.

§ V. *Des charges usufructuaires.*

N° 1. Intérêt des dettes.

N° 2. Réparations usufructuaires.

§ VI. *Des charges du mariage.*

§ VII. *Des frais de scellé, d'inventaire et de partage.*

ARTICLE 2. Des dettes qui n'entrent pas dans le passif de la communauté.

§ Ier. *Des dettes propres aux époux.*

N° 1. Des dettes immobilières antérieures au mariage.

I. *Quelles dettes sont immobilières.*

II. *Droit du créancier d'une dette immobilière.*

§ II. *Des dettes qui entrent en communauté sauf récompense.*

